

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

A PARTICIPAÇÃO DAS COOPERATIVAS DE TRABALHO - PRESTADORAS DE
SERVIÇOS - NAS LICITAÇÕES PÚBLICAS

MARCELO OLIVEIRA DOS SANTOS

CURITIBA

2007

MARCELO OLIVEIRA DOS SANTOS

A PARTICIPAÇÃO DAS COOPERATIVAS DE TRABALHO - PRESTADORAS DE
SERVIÇOS - NAS LICITAÇÕES PÚBLICAS

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial para a obtenção do grau de mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Romeu Felipe Bacellar Filho

CURITIBA

2007

A PARTICIPAÇÃO DAS COOPERATIVAS DE TRABALHO – PRESTADORAS DE
SERVIÇOS - NAS LICITAÇÕES PÚBLICAS

Por

MARCELO OLIVEIRA DOS SANTOS

Dissertação aprovada para obtenção do grau de
Mestre em Direito, pela Banca examinadora
formada por:

Presidente: Prof. Dr. Romeu Felipe Bacellar Filho. - Orientador, UFPR

Membro: Prof. [Digite o nome do professor],[Digite o grau], [Digite a IES]

Membro: Prof. [Digite o nome do professor],[Digite o grau], [Digite a IES]

Membro: Prof. [Digite o nome do professor],[Digite o grau], [Digite a IES]

[Digite o local, dia de mês de ano]

A José e Neídes Teles, pais venerados. Além de me possibilitarem o que há de mais sublime no universo, a vida, acreditaram no conhecimento como instrumento de transformação social.

AGRADECIMENTOS

Ao professor da Fundação Universidade Regional de Blumenau, Adolfo Ramos Lamar: mais que amigo. Grande incentivador e apoiador, sem o qual esse trabalho não teria nascido;

Ao professor Dalilo Pedro Marthendal, que indicou caminhos antes de eles se mostrarem visíveis;

À Vanessa, esposa e companheira inseparável com presença marcante e essencial na minha vida. Como estudante obstinada e professora extremosa, muito contribuiu para a construção desse trabalho;

À Ilse Ferreira da Silva e Joceani Köche Rita do Nascimento pelas correções gramaticais.

Aos professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, por ampliarem a forma crítica de se enxergar o mundo.

Ao Professor e orientador Romeu Felipe Bacellar Filho, pelos ricos ensinamentos do Direito Administrativo, além da orientação desta dissertação.

“A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo” (artigo 174, § 2º da Constituição Republicana).

RESUMO

O presente trabalho dissertativo tem por objetivo examinar o tema “participação das cooperativas de trabalho nas licitações públicas”, cuja restrição tem estado na pauta de discussões no âmbito da Administração Pública. Para tanto, realizou-se investigação pela dogmática jurídica, considerando-se as manifestações legislativas, doutrinárias e jurisprudenciais, levando-se em conta, ainda, aspectos sociológicos do cooperativismo. Desta forma, verificou-se que são dois os principais argumentos restritivos à participação das cooperativas de trabalho nos certames públicos: a ofensa ao princípio da isonomia (concorrência desleal decorrente de privilégios fiscais e da ausência dos encargos da relação empregatícia) e o entendimento esposado pelo Ministério Público do Trabalho que inadmite a terceirização de serviços por meio de cooperativas de trabalho, externado no Termo de Conciliação firmado com a União (a subordinação configuraria a ilícita contratação de mão-de-obra por interposta pessoa). Contrapondo-se ao primeiro argumento, verificou-se que as cooperativas de trabalho sofrem incidência de certos tributos e ainda têm o dever legal de constituir fundos em prol dos cooperativados, de maneira que são, também, detentoras de custos fiscais. Ademais, a própria Constituição legitimamente as desigualou em relação às demais sociedades, ao prever o incentivo ao cooperativismo e o adequado tratamento tributário. Contrapondo-se ao segundo, verificou-se que na relação cooperativista não há subordinação à superiores hierárquicos ou a patrões, mas em relação à assembleias soberanas. Deste modo, a exclusão pura e simples de genuínas cooperativas de trabalho dos certames públicos, mostra-se desarrazoado e injusto, merecendo ser revisto o Acordo referido. Trata-se da tentativa de demonstrar, que mesmo analisada a partir da dogmática jurídica, a restrição à participação dessas sociedades nas licitações fere os princípios Constitucionais da isonomia, impessoalidade, moralidade e legalidade.

Palavras-chave: Cooperativa de Trabalho, Isonomia, subordinação, autonomia individual.

ABSTRACT

The study examines both “the participation of labor cooperatives in public bids”, the restrictions imposed on them by the Public Administration sector as well. Having such a concern in mind, investigation in the area of juridical dogmatics involved legislative, doctrinal and jurisprudential manifestations and sociological aspects of co-operativism as well. Two arguments were restrictive to the participation of labor cooperatives in public disputes. One refers to the offense to the isonomic principle (unfair competition resulting from the lack of expenses in employment relationship). The other relates to the understanding espoused by the Labor Public Ministry, made public in Conciliation Term firmed with the Federal Government (Subordination would represent the illegal hiring of laborers by an intermediary person). As for the first argument, the Labor Cooperatives suffered the incidence of certain tributes, thus having the legal duty of building funds in favor of the members of the cooperative. The cooperatives turned out to be responsible for fiscal costs. Besides, the Constitution itself has legitimately unequalized them regarding other societies, when it has prescribed incentives to co-operativism. Regarding the second argument co-operativist relationship does not prescribe subordination to hierarchical superiors or bosses, but to a sovereign assembly only. Therefore, the very elimination of genuine Labor Co-operatives from public disputes turns out to be unreasonable and unfair, claiming for revision in the Agreement established. This regards the attempt to demonstrate that, even when analyzed from the perspective of juridical dogmatics, the restriction to the participation of these societies in the bids goes against the Constitutional principles of isonomy, impersonality, morality and legality.

Key-words: Labor Cooperative. Isonomy. Subordination. Individual Autonomy.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO I – AS SOCIEDADES COOPERATIVAS	17
SEÇÃO I – BREVE HISTÓRICO E CARACTERIZAÇÃO DAS SOCIEDADES COOPERATIVAS.....	17
Subseção I – Conceituação teórico-jurídica das cooperativas.....	22
Subseção II – Princípios Sociológicos do Cooperativismo.....	25
Subseção III – Classificação das sociedades cooperativas.....	29
Subseção IV - As cooperativas de trabalho.....	31
SEÇÃO II – O DIREITO COOPERATIVO BRASILEIRO.....	36
Subseção I - Histórico Legislativo do Direito Cooperativo Brasileiro.....	39
Subseção II – O Status Constitucional do Cooperativismo.....	42
Subseção III - O ato cooperativo: nas cooperativas, em geral, e nas cooperativas de trabalho.....	44
CAPÍTULO II - LICITAÇÃO PÚBLICA	52
SEÇÃO I – REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO	52
Subseção I - Conceito e objetivo da Licitação Pública	57
Subseção II – Princípios orientadores das licitações públicas.....	60
Subseção III – Exceções e modalidades licitatórias	63
Subseção IV - Vedações legais.....	71
Seção II – A terceirização na Administração Pública	74
Subseção I – Limites impostos à terceirização na Administração Pública pelo Princípio do Concurso Público.....	78
Subseção II – Responsabilidade subsidiária de órgãos e entidades públicas licitantes por créditos trabalhistas decorrentes da inadimplência do contratado	81

Subseção III - A responsabilidade subsidiária da Administração Pública na constatação de fraude num contrato com cooperativa	84
CAPÍTULO III - A PARTICIPAÇÃO DAS COOPERATIVAS DE TRABALHO - PRESTADORAS DE SERVIÇOS - NAS LICITAÇÕES PÚBLICAS NO BRASIL.....	86
SEÇÃO I – DELIMITAÇÃO DO PROBLEMA	86
Subseção I – Levantamento histórico do problema.....	90
Subseção II - A questão tributária: as isenções tributárias das cooperativas de trabalho e o princípio da isonomia nas licitações públicas	95
Seção II – Antecedentes do Termo de Conciliação entre o MPT e a União: o desvirtuamento dos ideais cooperativos pelas “coopergatos” ou “cooperativas de ocasião”	101
Subseção I – O Termo de Conciliação: vedação à participação de cooperativas de trabalho em licitações públicas no âmbito federal	106
Subseção II – O reflexo dos fundamentos do Termo de Conciliação nos Tribunais	113
Subseção III – O Acordo e os princípios constitucionais da legalidade e da moralidade administrativa: necessidade de superação do ajuste.....	118
CONCLUSÃO.....	125
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	131

A PARTICIPAÇÃO DAS COOPERATIVAS DE TRABALHO - PRESTADORAS DE SERVIÇOS - NAS LICITAÇÕES PÚBLICAS NO BRASIL

INTRODUÇÃO

A complexidade e divergências que circundavam o tema “participação de cooperativas de trabalho nas licitações públicas”, no ano de 2004, momento imediatamente antecedente a elaboração do projeto de pesquisa para o ingresso no Programa de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Paraná, fez nascer a vontade de efetuar o presente estudo.

Está o mesmo fundado numa investigação pela dogmática jurídica, nas manifestações legislativas, doutrinárias e jurisprudenciais, levando-se em conta, ainda, aspectos sociológicos do cooperativismo.

A proposta (projeto) originou-se das dificuldades teóricas e práticas, que foram enfrentadas no trabalho de assessoria jurídica à Comissão Permanente de Licitações da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, Diretoria Regional do Paraná, em Curitiba, a partir do ano de 2004.

Ao aceitar a participação das Cooperativas de Trabalho nos certames que tinham por objeto a terceirização de atividades-meios (por entender que a restrição era ilegal e por visar as vantagens advindas do acirramento da concorrência), a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos sujeitou-se, ao menos em uma ocasião, à decisão judicial proibitiva de tal participação, e aos conseqüentes inconvenientes e prejuízos daí decorrentes.

Inicialmente, a discussão na doutrina e na jurisprudência em torno do assunto veio à tona no confronto entre os privilégios concedidos pela Constituição e pela lei a sociedades cooperativas e o princípio da isonomia ao qual está sujeito o processo licitatório. Posteriormente, porém, uma outra justificativa passou a estar no núcleo dessa discussão: o entendimento esposado pelo Ministério Público Trabalho que nega a possibilidade de inserção de cooperativas de trabalho em processos de terceirização, pois nelas não haveria possibilidade legal da prestação de serviços organizados de forma hierárquica, nem mesmo entre cooperados.

Fundado nesse último entendimento, no ano de 2003 o Ministério Público do Trabalho e a União firmaram um Termo de Conciliação nos autos de uma Ação Civil Pública, no qual a União se compromete a não contratar cooperativas de trabalho.

Por conta desse Acordo, toda a Administração Pública Federal, seja ela direta ou indireta passaram a vedar a participação dessas sociedades nos certames públicos para a terceirização de serviços.

Não bastasse isso, o referido Acordo passou a ser copiado e usado como fundamento pelos demais Entes administrativos (Estados e Municípios), praticamente extirpando a possibilidade das cooperativas participarem da terceirização no Poder Público. A partir do Acordo, portanto, esse fundamento passou a ser, majoritariamente, o mais utilizado nas decisões judiciais contrárias a participação das cooperativas de trabalho nos certames.

Ciente disso, estabeleceu-se que essas duas justificativas seriam os caminhos a serem trilhados na pesquisa. Mas, percebeu-se a necessidade de se discorrer sobre o cooperativismo, para demonstração dos aspectos sociológicos que permeiam as sociedades cooperativas desde sua gênese, bem como a importância social que as mesmas alcançaram num contexto de globalização, informalidade e desemprego.

Isso porque, a análise puramente dogmática do problema empurraria a discussão para a garantia da segurança jurídica como fazem a corrente contrária a participação, cometendo-se injustiças com um grande grupo de cidadãos desse país.

Por essa razão, no primeiro capítulo, analisou-se as sociedades cooperativas, fazendo um breve relato histórico, desde o seus pioneiros empreendimentos no Velho Mundo, até à realidade das mesmas hoje no Brasil. Salientou-se, em seguida, a conceituação teórica a partir de estudos doutrinários e da legislação referente, bem como a importância dos princípios cooperativistas para este movimento.

A classificação dessas sociedades demonstrou não ser tarefa das mais fáceis, diante da diversidade de conceitos dados pela doutrina. Além disso, no que tange às cooperativas de trabalho, há grande divergência entre a doutrina trabalhista e cooperativista. Isto porque, a Organização das Cooperativas Brasileiras não adota a conceituação dada pelos “trabalhistas” para as cooperativas de trabalho prestadoras de serviços, qual seja, “cooperativas de mão-de-obra.”

De acordo com a Organização das Cooperativas Brasileiras, essa denominação foi “cunhada” pelo Ministério Público do Trabalho para as empresas fraudadoras das Legislações do Trabalho e Cooperativista, motivo pelo qual não o adotou na presente dissertação.

Desta forma, o tema da pesquisa continuou sendo, “A participação das cooperativas de trabalho – prestadoras de serviços - nas licitações públicas”, partindo-se do pressuposto que cooperativas de trabalho é gênero, da qual fazem parte as cooperativas prestadoras de serviços

(que não detêm os meios de produção e que prestam serviços a terceiros, de forma lícita, sem subordinação, pessoalidade e habitualidade).

Na segunda seção do Primeiro Capítulo, analisaram-se os aspectos jurídicos das sociedades cooperativas, discorrendo sobre a formação do Direito Cooperativo, fazendo uma historização da legislação que regula essas sociedades no Brasil, até a sua elevação à Constituição vigente.

Na referida seção, mereceu destaque o princípio de incentivo ao cooperativismo e o *animus* do legislador constituinte em conceder privilégios para o movimento cooperativo. Isso somente foi juridicamente possível, pelas peculiaridades solidárias e comunitárias desses empreendimentos, o que foi bem compreendido pelo constituinte.

Finalizando o Primeiro Capítulo, discorreu-se sobre o ato cooperativo nas cooperativas em geral e nas cooperativas de trabalho, numa tentativa de melhor compreender esse instituto que lhes são próprios e que as caracterizam. A concessão de privilégios fiscais a estas sociedades decorre da subsunção das ações praticadas por estas ao disposto em lei. Essa disposição, porém, tem causado divergências. A importância do assunto para a dissertação está na existência de confronto entre isonomia na licitação e os privilégios fiscais.

No Capítulo Segundo o assunto foi licitação pública. Sendo uma das vertentes da pesquisa, e partindo da compreensão de que a problemática precisa ser analisada à luz do Direito Administrativo - em que pese não possa se ressentir dos ramos do Direito Constitucional, Cooperativo, do Trabalho e Tributário - veio à lume o regime jurídico administrativo, com as prerrogativas e sujeições concedidas e impostas à Administração Pública quando contrata com terceiros.

É por conta do regime jurídico administrativo e da previsão constitucional, que a Administração Pública se submete ao processo licitatório, quando contrata com particulares, seja para aquisição de bens, ou na execução de obras e serviços.

Assim, conceituou-se esse processo, destacando já no início, porque motivo se adotou a nomenclatura de “processo licitatório” e não como é comumente chamado de “procedimento licitatório”.

Tratou-se, ainda, dos princípios que orientam as licitações públicas, sobrelevando-se os da legalidade, isonomia, impessoalidade, moralidade e concorrência. Discorreu-se também, sobre as exceções ao princípio licitatório e as modalidades de licitação previstas em lei, para depois tratar das pessoas (físicas e jurídicas) que esta proibiu de participar dos processos de escolha pública.

A terceirização na Administração Pública mereceu uma seção específica, por recair sobre ela o problema aqui enfrentado. E para falar sobre o assunto, tornou-se imperioso discorrer sobre a limitação imposta pelo princípio constitucional do concurso público, estabelecendo, assim, os limites da terceirização em âmbito estatal.

Além disso, o assunto responsabilização do órgão ou entidade pública licitante por créditos decorrentes do inadimplemento da relação de emprego entre a prestadora de serviços e seus empregados, torna-se um tema importante para a dissertação, em vista da contradição existente entre o disposto na lei licitatória e a Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho.

Ocorre que, com as fraudes ocorridas na terceirização, envolvendo as falsas cooperativas de trabalho prestadoras de serviços (coopergatos), muitos trabalhadores recorreram à Justiça, pleiteando o reconhecimento de vínculo de emprego. Nesses casos, haveria a responsabilização subsidiária do tomador do serviço, de acordo com a Súmula 331 do TST.

Mas quando ocorreu a terceirização no setor público com cooperativas fraudulentas, onde, em tese, a relação entre cooperados e cooperativa não comporta a vinculação de emprego, a responsabilidade prevista na Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, praticamente passa a ser direta da Administração Pública. Veja-se que, descoberta a fraude, a Justiça do Trabalho reconhece o vínculo empregatício com a cooperativa, mas como esta, de regra é inadimplente, resta à Administração Pública o ônus daí decorrente.

Após discorrer sobre duas das vertentes teóricas que envolvem a pesquisa (Cooperativa e Licitação), o Terceiro Capítulo foi dedicado ao enfrentamento dos dois principais fundamentos jurídicos que causam grande celeuma em torno da participação das cooperativas de trabalho nas licitações públicas: a ofensa ao princípio da isonomia (em vista dos privilégios fiscais que detêm essas sociedades) e os fundamentos restritivos à participação das cooperativas de trabalho nas licitações, sustentado no referido Acordo firmado entre o Ministério Público do Trabalho e a União.

Partindo desse pressuposto, após fazer breve análise histórica da divergência verificada na doutrina e jurisprudência em torno do tema, analisou-se a alegada ofensa ao princípio da isonomia na licitação pública, decorrente dos privilégios que acolhem às cooperativas.

Ali sustentou-se a inadequação da interpretação dada pelos que assim entendem, mesmo que analisando dogmaticamente o assunto, enfatizando a necessidade de imprimir força normativa aos princípios constitucionais que dispõem sobre o cooperativismo.

Assim, o privilegiamento concedido às sociedades cooperativas, encontra legitimidade na Constituição, na verificação de diferenciação no real concreto que as distingue das demais sociedades e na compatibilidade entre a diferenciação jurídica e os valores jurídicos consagrados no ordenamento. Não haveria, portanto, ofensa à isonomia, entendimento que se julga justo.

Para falar dos fundamentos do Termo de Conciliação firmado entre o Ministério público do Trabalho e a União, fez-se um breve relato dos fatos que o antecederam, salientando o crescimento das fraudes a direitos trabalhistas com o advento da Lei 8.949/94.

Analisando o Termo de Conciliação propriamente dito, salientou-se as principais cláusulas ali dispostas, enfrentando a questão do trabalho na relação cooperativa, versus subordinação, pessoalidade e habitualidade, próprios da relação empregatícia. Foi o conflito decorrente do embate travado entre essas duas relações que originou o Termo de Conciliação conforme já salientado.

Nesse sentido, registre-se desde logo o entendimento do autor desta dissertação quanto ao tema. O posicionamento favorável à existência jurídica da categoria trabalho regido por uma relação cooperativa, decorre da constatação, no real concreto, da existência de sociedades cooperativas prestadoras de serviços, tuteladas, inclusive, pelo sistema jurídico vigente. Concomitante a isso, há enormes contingentes de cidadãos trabalhadores afastados de toda e qualquer proteção jurídica decorrente do exercício da profissão que desempenha (trabalhadores do mercado informal). Some-se a esses, o contingente de desempregados, que se obterá a um percentual superior à 60% da população economicamente ativa do país.

Ora, havendo a possibilidade de institucionalização desse grupo de cidadãos, por meio de uma cooperativa de trabalho, por que não fazê-lo? Desta forma, a posição do autor é a de que deve haver combate às fraudes à relação de emprego, sem, porém, frustrar a possibilidade de existência de uma genuína relação cooperativa. Não se apregoa, portanto, a flexibilização das relações de emprego disposta na Consolidação das Leis do Trabalho.

Foi com esse *animus* que se enfrentou a questão da subordinação, habitualidade e pessoalidade da relação de emprego, versus autonomia da relação cooperativa.

Para demonstrar a importância que tem os fundamentos do citado Termo de Conciliação, por meio de pesquisa na jurisprudência dos tribunais, verificou-se a receptividade do entendimento nele sustentado em algumas cortes.

Numa última subseção, procurou-se analisar os fundamentos do Termo de Conciliação à luz dos princípios da legalidade, moralidade, eficiência e impessoalidade, destacando alguns aspectos formais da dogmática jurídica que maculam a legalidade do Termo de conciliação.

Ainda nessa subseção, destacou-se a iniciativa governamental de enviar à Câmara dos Deputados, Projeto de Lei tutelando algumas das divergências aqui levantadas.

Por fim, num esforço de síntese, retomando os principais pontos da reflexão desenvolvida na dissertação, reafirmou-se a necessidade de superação do entendimento dos que sustentam a impossibilidade jurídica das cooperativas de trabalho participarem das licitações públicas, seja por ofensa ao princípio da isonomia, seja por ofensa às normas do trabalho conforme disposta no Acordo.

Nesse sentido, merece destaque a reflexão em torno do Projeto de Lei a ser aprovado pelo Poder Legislativo, já aprovado em Comissões da Câmara dos Deputados, reafirmando a juridicidade da existência e atuação das cooperativas de trabalho na prestação de serviços a terceiros, seja em âmbito privado ou público, proposta que explicita mais que a vontade do legislador ordinário, a do constituinte. Assim, o amadurecimento do assunto, antes e após a aprovação do Projeto de Lei citado, deverá trazer um outro horizonte para o cooperativismo de trabalho nas licitações públicas.

CAPÍTULO I – AS SOCIEDADES COOPERATIVAS

Seção I – Breve histórico e caracterização das sociedades cooperativas

O espírito cooperativo sempre existiu entre os homens. Nas pequenas comunidades de diversas partes do planeta é possível perceber a ajuda mútua e solidariedades. Esse elo de cooperação entre os membros de uma comunidade pode ser observado entre as famílias pobres dos subúrbios das grandes cidades ou no interior do país em pequenas cidades e vilas.

Nos grupos comunitários rurais do Brasil, é possível identificar o sentimento de cooperação entre os membros ligados por laços sanguíneos de uma mesma família (pais, filhos, tios, primos), ainda, entre vizinhos ou membros de conglomerados populacionais próximos, visando alcançar resultados comuns, como o preparo da terra, plantação, cultivo, escoamento e venda de produtos agrícolas.

Nesse tipo de relação não é difícil perceber que o lucro não é, necessariamente, o objetivo a ser alcançado pelos envolvidos; Eles visam, na verdade, receber o mesmo tipo de cooperação quando verificada uma situação análoga.

Recorda-se o autor deste trabalho, de experiências desse tipo de relação observadas no interior da Bahia, onde pequenas comunidades rurais produtoras de farinha de mandioca de forma artesanal podiam contar com a cooperação de membros da família, vizinhos ou moradores de vilas próximas, desde o plantio, até a venda. Lembra-se, também, que uns recebiam a “paga” com porções do próprio produto (farinha), que iria sustentar a família por um período (até a próxima farinhada); outros recebiam a promessa de cooperação quando o membro ajudante fosse executar a sua produção.

Esse tipo de relação pode ser verificada, também, entre as pessoas pobres dos subúrbios das grandes e médias cidades, especialmente entre membros da mesma família. Observa o autor a ocorrência de ajuda mútua cooperativa entre os membros de uma mesma família, no dia-a-dia, e que se faz notar, de maneira mais contundente quando há desempregados entre seus membros, ou em mutirões de pequenas construções imobiliárias.

Esses dois exemplos são emblemáticos, pois sem essa prática seria impossível, no primeiro caso, a produção e venda do produto agrícola (farinha), e, no segundo, a manutenção do grupo, ou a melhoria nas condições de moradia.

Mas, o brasileiro ainda não possui uma cultura de construção de grandes empreendimentos cooperativos, diferentemente de outros países do mundo, inclusive de vizinhos latinos americanos. Todavia, são muitas as vantagens da união com objetivos comuns, tanto para a produção de produtos (melhor gestão da produção e venda), como no consumo (possibilidade de compra em larga escala em melhores condições e preços).

De acordo com Veiga e Fonseca (2002, p.39), “tradicionalmente, os associados acreditam nos valores éticos de honestidade, responsabilidade social e preocupação com os seus semelhantes”. O significado dessa forma de cooperação entre os indivíduos, portanto, transcende o mero objetivo de persecução de alguma vantagem individual a partir de uma atuação coletiva (via sociedade cooperativa).

De acordo com a lição de Ferrari (2002), o surgimento das cooperativas representou a insurgência contra o desemprego e contra os capitalistas, que impunham aos seus empregados jornadas de trabalho de 14 horas diárias, mediante salários que mal satisfaziam as suas necessidades básicas. Ou seja, o cooperativismo estaria a atuar como instrumento de luta contra o individualismo ostentado pela emergente burguesia capitalista.

Para outros autores como Gil (2002), o cooperativismo europeu pretendeu mais do que se opor às precárias condições de vida então existentes: apresentou-se como um projeto político capaz de mudar o próprio modelo político então em vigor, pretendendo não apenas se livrar dos males do capitalismo, mas dele próprio.

Esse último entendimento, porém, encontra resistência em autores como Veras Neto (2002), que fundamentado nas afirmações de Karl Marx – o qual identificara nas manufaturas cooperativas, agentes representativos de um papel social progressivo – Veras Neto sustenta que o cooperativismo não pode operar milagres sem profundas mudanças que impliquem a própria quebra da ordem econômica e social capitalista. Mudanças essas, que somente serão propugnáveis pela própria organização da parcela proletária da sociedade contra o capitalismo.

Depreende-se daí, então, que o pensamento Marxista reconhece a importância da existência do cooperativismo na sociedade capitalista, mas não acredita que seja ele um projeto político suficiente para vencer o capitalismo.

De fato, constata-se que, ao menos até o presente momento, o cooperativismo não se prestou a romper com o sistema de exploração capitalista, conclui-se que assiste razão ao pensamento marxista. O cooperativismo estaria cumprindo, assim, de certa forma, o seu papel sócio-econômico – por meio dos ensinamentos da doutrina comunitária cooperativa, e da melhoria da qualidade de vida dos cooperados, porém, dentro do sistema de exploração capitalista, sem mais questioná-lo.

A relação de cooperação mútua entre as pessoas apregoada pelo cooperativismo vem de longe e os objetivos desse mutualismo estiveram sempre pautados em maximizar os interesses da coletividade por meio da cooperativa.

Com a globalização e o processo de desemprego crescente (que parece irreversível), proliferou-se um tipo específico dessas sociedades: a cooperativa de trabalho, que será uma das vertentes da presente pesquisa. Nelas, seus membros, de forma conjunta, conseguem concorrer com conglomerados econômicos, o que seria impossível fazê-lo individualmente.

No Brasil, a pobreza e o desemprego tornaram-se um dos grandes desafios para os sucessivos Governos democráticos do pós Regime Militar, ganhando relevo o ramo das Cooperativas de Trabalho, que passou a ocupar importante papel para famílias empobrecidas. Passaram a funcionar como uma alternativa ao desemprego e à falta de assistência do informalismo, realizando um relativo papel emancipatório.¹

De onde viria esse sentimento solidário-mutualista das pessoas? Há, entre os doutrinadores, divergência quanto ao surgimento das primeiras cooperativas no mundo. Alguns registram união cooperada muitos séculos antes de Cristo. Entretanto, de acordo com Veiga e Fonseca (2002), a mais antiga cooperativa registrada por meio de documentos, parece ter sido iniciada em 1760 por trabalhadores empregados nos estaleiros de Woolwich e Chatham, na Inglaterra, ao fundarem moinhos de cereais, objetivando pagar preços mais baixos pelo trigo.

Durante os anos seguintes, devido a guerras travadas entre a França e a Inglaterra (1793), surgiram muitos empreendimentos cooperativos. Primeiramente as que se propunham conseguir a diminuição do preço na compra dos produtos de primeira necessidade, as cooperativas de consumo. Alguns anos depois, as que se propunham a alcançar melhores

¹ Faz-se a ressalva de que muitas cooperativas de trabalho atuam de forma fraudulenta, posto serem verdadeiras sociedades mercantis prestadoras de serviços, que acobertadas pelo nome de cooperativa. Visam, com isso, burlar a legislação trabalhista, conforme se demonstrará no decorrer deste trabalho.

preços na venda de produtos, as cooperativas de produção. Dessa forma poderiam fazer frente às sociedades empresárias capitalistas.

Foram os problemas oriundos da Revolução Industrial, gerados pela expulsão dos trabalhadores do campo, para a produção da matéria-prima que iria abastecer a incipiente, porém, pujante indústria têxtil inglesa, que se registrou o desenvolvimento dos primeiros empreendimentos cooperativos.

Nessa época surgiram conglomerados populacionais ao redor das primeiras indústrias, formados pelos camponeses expulsos dos campos, e de tecelões falidos que não conseguiam fazer frente à produção, em série, da revolucionária indústria nascida com a invenção da máquina a vapor de Watt.

Essa situação culminou com um cenário de desemprego, fome, exploração do trabalho infantil e feminino (pagava-se bem menos por essa mão-de-obra), além da degradação das condições de trabalho como nunca visto antes.

Nesse momento da história, homens, mulheres e crianças trabalhavam entre doze e dezesseis horas ininterruptas, em condições insalubres e desumanas, nas fábricas e nas minas de carvão. A contraprestação por esses serviços resumia-se ao necessário para a sobrevivência individual.

É nesse contexto que a história faz referência a 28 trabalhadores (a maioria tecelões) da cidade de Rochdale, distrito de Lancashire, próximo de Manchester na Inglaterra, que resolveram unir-se e montar um empreendimento cooperativo, inspirados em Robert Owen, um dos idealizadores teóricos do cooperativismo².

Observe-se que a indústria têxtil inglesa estava em plena prosperidade e, os tecelões que lhe prestavam serviços formavam uma classe de trabalhadores mal remunerada. Côncios do ambiente propício para reivindicar melhores salários, resolveram enfrentar seus patrões. Mas, após uma greve prolongada (sem êxito), decidiram abandonar as negociações e criar uma reação com significado de defesa econômica dos trabalhadores.

² Vilma Dias Bernades Gil cita Robert Owen e Charles Fourier como principais idealizadores teóricos do cooperativismo. O primeiro, industrial nascido na Inglaterra “foi o primeiro escrever cientificamente sobre o cooperativismo, articulando-o com todo organismo social e dando aos fins cooperativos uma significação mais ampla e mais extensão”.

Já Fourier, nascido na França, enfocou a criação dos “Falanstérios”, equivalentes às atuais cooperativas de produção agrícolas. Para ele “A organização em associação era a melhor maneira de se solucionar a grave questão social”.

A autora refere-se ainda à *Saint-Simon* (1760-1825), *Derrion*, *Felipe Buchez* (nascido em 1796, na Bélgica) e *Louis Blanc* (nascido em Madri, em 1814). Todos, defensores da doutrina e dos ideais cooperativos (GIL, 2002, p. 34-36).

Contribuindo, mensalmente, com o pouco que lhe sobrava, durante um ano, conseguiram abrir um armazém cooperativo de consumo, que disponibilizaria gêneros de primeiras necessidades aos associados passando, mais tarde, também às atividades de produção.

Em 24.10.1844, registraram a sociedade sob o título de “Rochdale Society of Equitable Pioneers” (Sociedade dos Probos Pioneiros de Rochdale), vindo a iniciar as suas atividades em 21.12.1844 (HOLYOAKE, 2000).

O empreendimento desses pioneiros (apesar da resistência da igreja e da imprensa) fez tanto sucesso naquela época, que, de acordo com Veiga e Fonseca (2002, p.20), “já em 1849 a cooperativa contava com 390 associados; em 1859, havia 2.703 associados; em 1869 eram 5.809; e em 1.879 o total de associados era de 10.427, com um capital de 28.035 libras (havia começado com um capital de 28 libras)”.

Hoje, de acordo com os autores acima citados:

existem cooperativas nas mais diferentes situações econômicas e culturais. Existem cooperativas na Nicarágua e nos EUA; em Israel e nos países árabes; nos países desenvolvidos e nos subdesenvolvidos. Nos países ocidentais (Itália, Espanha, França, Suíça, Inglaterra, etc) e nos países como China, Índia, Senegal, etc. Segundo a Aliança Cooperativa Internacional (ACI), existe aproximadamente um bilhão de pessoas cooperativadas³ no mundo hoje (VEIGA; FONSECA, 2002, p.39).

O cooperativismo se apresenta, portanto, como um dos mais importantes movimentos socioeconômicos do mundo, “agregando, aproximadamente, 1/6 da população do mundo”, conclui os autores.

Do endereço eletrônico da Aliança Cooperativa Internacional, é possível extrair dados da quantidade de pessoas envolvidas com o cooperativismo no mundo hoje. Esses dados dão a noção da importância socioeconômica do fenômeno cooperativo:

Na Argentina, há 17.941 sociedades cooperativas com 9.1 milhões de membros; Na Bélgica, havia 29.933 sociedades cooperativas em 2001; No Canadá, 1 em cada 3 indivíduos é membro de uma cooperativa (33%) da população; O movimento cooperativo de Desjardins em Québec tem mais de

³ Aqui deve ficar registrado que a obra acima citada foi impressa no Brasil em 2002. Os dados, portanto, foram coletados anteriormente a essa data. Entretanto, dados atualizados da Aliança Cooperativa Internacional, conforme contido no endereço eletrônico da referida organização, falam em mais de 800 milhões de pessoas cooperativadas ao redor do mundo. Disponível em: <<http://www.coop.org/coop/statistics.html>>, acessado em 05 de jan. de 2007.

5 milhões de membros; Na Colômbia mais 3.3 milhões de pessoas são membros de cooperativas, ou 8.01% da população. (Fonte: CONFECOOP. Setor Cooperativo Colombiano 2005); A Costa-Rica conta com mais de 10% de sua população como membros das cooperativas; Na Finlândia, S-Grupo tem uma sociedade de 1.468.572 indivíduos que represente 62% das casas Finnish. (Fonte: Relatório anual 2004 de SOK Corporação); Na Alemanha, há 20 milhões de pessoas membros de cooperativas, ou seja, 1 em cada 4 pessoas; No Japão, 1 em cada 3 famílias são membros de cooperativas; No Quênia 1 em cada 5 pessoas é membro de uma cooperativa, que significa, aproximadamente, 5.9 milhões de pessoas. Além disso, cerca de 20 milhões de Quenianos, direta ou indiretamente, têm seus meios de subsistência originados no movimento cooperativo; Na Índia, mais que 239 milhões de pessoas são membros de uma cooperativa; Na Malásia, 5.4 milhões de pessoas são membros de cooperativas; Em Cingapura, 32% da população (1.4 milhões de pessoas) são membros de uma cooperativa; Nos Estados Unidos, 4 em cada 10 indivíduos são membros de uma cooperativa (25%) da população (ALIANÇA, 2007).⁴

Esses dados demonstram a importância econômica do movimento cooperativo no mundo, e o envolvimento das pessoas com o mesmo. No Brasil, percebe-se, cada vez mais, a sua expansão, sendo que na presente dissertação, serão enfatizadas as cooperativas de trabalho. Antes, porém, serão vistos diversos aspectos desse fenômeno econômico mundial, a começar pela conceituação teórica a seguir.

Subseção I – Conceituação teórico-jurídica das cooperativas

O termo cooperativa vem do latim *cooperativus*, de *co operari*, que significa “operar junto”, obra em comum.

Grandes foram os debates travados ao longo da evolução do cooperativismo no mundo, a respeito de sua natureza jurídica. Observe-se que se trata de uma sociedade que tem como pilar a cooperação, entendida como ajuda mútua, solidariedade e participação. Entretanto, inserida que está numa sociedade individual capitalista, e onde o próprio direito é construído visando a perpetuação dessa concepção, é fácil notar a dificuldade de se construir um conceito jurídico para as mesmas.

⁴ Consta ainda do informe: “A informação fornecida aqui foi coletada de uma variedade das fontes, incluindo o questionário estatístico de ICA, da informação publicada por organizações cooperativas, das apresentações feitas por cooperativas, e de escritórios estatísticos do governo”. Disponível em: <<http://www.coop.org/coop/statistics.html>> acessado em 06 de jan. de 2007.

No Brasil, essa dificuldade decorreu da falta da exata compreensão por parte do legislador e dos autores comercialistas, que procuravam inseri-las nas estruturas jurídicas comerciais já construídas anteriormente.

Observa-se que o decreto 1.637 de 05.01.1907 dispôs que “as sociedades cooperativas, que poderão ser anônimas, em nome coletivo, ou em comandita, são regidas pelas leis que regulam cada uma dessas formas de sociedade e com as modificações estatuídas na presente lei”.

Já o Decreto 22.239 de 1932 definiu-a como *sui generis* consagrando muitas das características e os princípios “rochdaleanos”. Em 1948, num Congresso realizado em Praga, surgiu o conceito que veio a influenciar a legislação vigente sobre o cooperativismo no Brasil, com a seguinte disposição:

Será considerada como cooperativa, seja qual for a constituição legal, toda associação de pessoas que tenha por fim a melhoria econômica e social de seus membros pela exploração de uma empresa baseada na ajuda mínima e que observa os princípios de Rochdale (FRANKE, 1973, p. 69).

Pela sua importância na determinação das políticas de trabalho e emprego no mundo, cabe trazer aqui, o conceito de cooperativa estabelecido pela Organização Internacional do Trabalho, em sua Recomendação 193 de 20 de julho de 2002:

Para os efeitos desta Recomendação, o termo “cooperativa” significa associação autônoma de pessoas que se unem voluntariamente para atender as suas necessidades e aspirações comuns, econômicas, sociais e culturais, por meio de empreendimento de propriedade comum e de gestão democrática.

Nota-se que, em termos sociológicos os conceitos para o cooperativismo não causam muita celeuma. A definição trazida pela Lei Cooperativista pátria, porém, ainda causa confusões doutrinárias quanto ao seu regime jurídico, conforme será demonstrado na Seção II desta dissertação. De toda forma, é sobre essa definição legislativa que os doutrinadores se debruçam, tentando dar a conceituação mais adequada do ponto de vista jurídico, para as sociedades cooperativas no Brasil.

Percebe-se, porém, que é da junção dos aspectos legais e sociológicos das cooperativas que se extrai essa conceituação. Até mesmo porque, a maioria das legislações relacionadas ao cooperativismo no Brasil e no mundo, traz em si, também, os aspectos

sociológicos que o caracterizam. É o que se verifica em Martins (2003, p.45), para quem “Cooperativa é a sociedade de pessoas que tem por objetivo esforços em comum para a consecução de determinado fim”.

Já Pinto (2001, p.23) descreve que:

O traço essencial, capaz de distinguir a cooperativa da empresa, tal como a conceituamos no sistema capitalista, está em que aquela modalidade singular de associação, embora desenvolvendo atividade econômica de proveito comum para os associados, não visa lucro, nem deve se transformar como fonte de renda para aqueles que a organizem e a dirigem.

Sobressai-se um traço característico comum nos conceitos: ausência de lucro: “Onde houver lucro ou os diretores se beneficiarem do trabalho desempenhado pelos associados, a sociedade perde o caráter de cooperativa, deixando, portanto, de satisfazer aos requisitos fixados pela doutrina e consolidados na atual Lei nº 5.764 de 1971” (PINTO, 2001, p.17).

Deve ficar registrado, porém, que a ausência do lucro não exclui do empreendimento cooperativo, a obtenção de vantagens econômicas aos cooperados. Esse é o objetivo das cooperativas: afastar os intermediários, alcançando o “exato preço” para a produção, serviços, ou na aquisição de produtos. Caso ainda haja lucro, ele deve ser revertido em favor dos próprios associados.

Nesse sentido, Irany Ferrari (1999), citando Carvalho de Mendonça, consegue identificar a função, a forma de ação e o porquê do sucesso das cooperativas no mundo.

As sociedades cooperativas são institutos modernos, tendentes a melhorar as condições das classes sociais, especialmente dos pequenos capitalistas operários. Eles procuram libertar essas classes da dependência das grandes indústrias por meio da união das forças econômicas de cada uma; suprimem aparentemente o intermediário, nesse sentido: as operações ou serviços que constituem no seu objeto são realizados ou prestados aos próprios sócios e é exatamente para esse fim que se organiza a empresa cooperativa; diminuem despesas, pois que, representando o papel do intermediário, distribuem os lucros entre a própria clientela associada; em suma, concorrem para despertar e animar o hábito da economia entre os sócios (ALMEIDA apud FERRARI, p.13).

Importa trazer, ainda, o conceito de cooperativas trazida por Sandroni (1999, p.201), no seu dicionário de Economia:

Empresa formada e dirigida por uma associação de usuários, que se reúnem em igualdade de direitos com o objetivo de desenvolver uma atividade ou prestar serviços comuns, eliminando os intermediários. O movimento cooperativista contrapõe-se às grandes corporações capitalistas de caráter monopolista.

Os economistas também salientam os traços característicos que dão identidade ao cooperativismo também são salientados. Vale deixar registrado, ainda, que as cooperativas são sociedades de pessoas, conforme disposto no artigo 3º da lei 5.764/71, mas podem ter pessoas jurídicas como associados.

Com as vantagens que lhe são inerentes, o cooperativismo já tem inserção e aceitabilidade suficiente para continuar se afirmando e vencendo o preconceito e os desafios que o individualismo inerente ao sistema capitalista impõe ao comunitarismo.

Essa aceitabilidade decorre do sucesso dos primeiros empreendimentos cooperativos, por meio da implementação de seus princípios, diante do contexto social que vivenciavam os 28 pioneiros de Rochdale. A novidade decorreu do sucesso da implementação dos princípios rochdaleanos, os quais acompanham o cooperativismo até os dias de hoje.

Algumas reformulações nestes princípios foram aprovadas pela Aliança Cooperativa Internacional, sem, porém, fugir à essência do proposto pelos cooperativos pioneiros.

A seguir, serão apresentados os princípios que ordenam, informam e dão fundamentos aos empreendimentos societários cooperativos no mundo inteiro. Sobrelevam-se, no seu conjunto, os aspectos comunitaristas, democráticos e solidários, o que dá notoriedade e diferencia a sociedade cooperativa das regulamentações jurídicas societárias e civis existentes.

Subseção II – Princípios Sociológicos do Cooperativismo

O direito é regido por um conjunto de valores de caráter normativo, do qual fazem parte os princípios. Juntos, a lei (no sentido amplo), a jurisprudência e os princípios formam o que se pode chamar de “Sistema Jurídico”.

Por serem mais amplos e mais abstratos que as normas, os princípios ocupam papel primordial nesse sistema, especialmente após a propagação do entendimento da corrente jurídica que sustenta a necessidade de dar efetividade aos comandos trazidos nos mesmos, como forma de se alcançar a justiça, papel antes desempenhado apenas pela lei.

De acordo com essa corrente, nas palavras de Espíndola (1998, p.55):

(...) os princípios têm positividade, vinculatividade, são normas, obrigam, têm eficácia positiva e negativa sobre comportamentos públicos ou privados bem como sobre a interpretação e aplicação de outras normas, como as regras e outros princípios derivados de princípios de generalizações mais abstratas.

Escrevendo sobre os mesmos, Niebuhr (2000, p.29) informa qual lugar eles devem ocupar na ordem jurídica:

Os princípios estão em patamar superior na ordem jurídica. Eles são valores que carregam consigo a natureza deontológica. É que, deixando de ser considerados meros valores ligados à idéia transcendental de justiça e operando somente como termo referencial ou com o fito de suprir lacunas ou orientar a resolução de obscuridades, passaram a ostentar natureza normativa, obrigando e mandando, ou seja, adquirindo o poder de ordenar condutas, ensejando, também, direitos subjetivos. Todos esses atributos são caracterizados através da vinculação de regras e de todo aparato jurídico aos valores postos nos princípios. Deste modo, a *práxis* está vinculada à justiça, uma vez que os casos concretos são resolvidos de acordo com a orientação axiológica introduzida pelos princípios.

Os princípios, portanto, devem ser observados e cumpridos, não podendo ser ignorados, violados ou suprimidos pelos operadores do direito.

A doutrina define-os como prescrições jurídicas que, devido a seu grau de generalidade e abstratividade, gozam de posição de destaque no ordenamento jurídico. E no ensinamento de Bandeira De Mello (2000, p.748):

O princípio é o mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

Em seguida, dissertando sobre a necessidade de dar efetividade aos comandos prescritos nos princípios, o mesmo autor afirma:

[...] violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão

do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais.

Assim como os diversos ramos do direito, o Cooperativismo é instruído por princípios que, vistos sob ótica sociológica, podem ser definidos como princípios doutrinários/ideológicos. O sucesso das primeiras sociedades cooperativas decorreu da capacidade de aglutinar pessoas em torno dos objetivos que a prática desses princípios prometia alcançar: melhorar as condições de vida de seus associados⁵.

A legislação regulamentadora do Cooperativismo no Brasil, todavia, por meio das denominadas “características” dispostas no seu artigo 4º, consagra os mesmos princípios doutrinários anteriormente citados, dando-lhes, caráter jurídico e, ao mesmo tempo, externando as suas características democráticas e sociais comunitaristas.

Os princípios cooperativistas, ainda hoje vigentes, atravessaram mais de um século e meio de história, tendo sido estabelecidos na gênese do cooperativismo, pelos Probos Pioneiros no Século XVIII. A sua enumeração ganhou contornos mais precisos a partir de 1937, no congresso realizado em Paris pela Aliança Cooperativa Internacional.

Foram os seguintes os princípios informadores do cooperativismo pioneiro no século XVIII: adesão livre; cada associado com direito a um voto; distribuição do excedente *pró-rata* nas transações dos membros; juros limitados sobre o capital; neutralidade política e religiosa; vendas à vista; desenvolvimento da educação.

Esses foram os pilares sobre o qual se ergueu esse fenômeno socioeconômico mundial e que vem dando, ainda hoje, embasamento teórico filosófico para sua expansão. Fundados neles, o sistema cooperativo rompeu a barreira do continente Europeu, sobreviveu às diversas revoluções porque passou o planeta em quase dois séculos.

Visando atualizar esses princípios, especialmente nos aspectos econômicos, durante o Congresso Cooperativo de 1995, realizado na cidade de Manchester, a Aliança Cooperativa Internacional aprovou algumas adequações nesse rol de princípios. Continuaram, porém,

⁵ Nesse sentido, transcreve-se alguns dos objetivos sociais dos cooperativos Pioneiros, Rochdale: “A sociedade tem por objecto realizar uma utilidade pecuniária e melhorar as condições domésticas e sociais de seu membros, mediante a economia formada por ações de uma libra esterlina, para levar à prática os seguintes projetos: abrir um armazém para a venda de comestíveis, roupa, etc; comprar ou construir casas para os membros que desejam ajudar-se mutuamente, com o fim de melhorar o seu próprio estado doméstico e social; iniciar ou arrendar campos para serem cultivados pelos membros desocupados ou por aqueles cujo trabalho não receba a devida remuneração; logo que seja possível, a Sociedade procederá a organização das forças de produção, da distribuição, da educação e do seu próprio governo; ou, em outros termos, estabelecerá uma colônia indígena, na qual os interesses serão unidos e comuns. A Sociedade auxiliará as demais sociedades cooperativas a fundar outras colônias semelhantes.” (HOLYOAKE, , 2000, p. 19-21).

inspirados nos propostos pelos pioneiros de Rochdalle, de acordo com a explicação disposta na obra de Bulgarelli (1998):

Adesão livre e voluntária: as cooperativas são organizações voluntárias abertas a todas as pessoas aptas a usar os seus serviços e a assumir suas responsabilidades, sem nenhuma discriminação.

Controle democrático pelos sócios: democraticamente as cooperativas são controladas pelos sócios que estabelecem suas políticas na tomada de decisões. Todos os sócios têm igualdade de direito nas votações: um sócio, um voto.

Participação econômica pelos sócios: a contribuição dos sócios para a sociedade é eqüitativa, além de receberem juros limitados sobre o capital como condição de sociedade. Ademais, os sócios recebem o retorno (sobras) na proporção de suas transações com a cooperativa.

Autonomia e independência: o empreendimento cooperativo não admite subordinação a outras entidades, inclusive governamental, pois o controle democrático deve ser preservado, necessariamente, aos sócios.

Educação, treinamento e informação: as cooperativas proporcionam a seus dirigentes, sócios, administradores e funcionários educação e treinamento, contribuindo para o seu desenvolvimento. Além do comprometimento com a educação de seus membros (em sentido amplo), o cooperativismo assume também um caráter educativo para o público em geral, especificamente sobre a natureza e os benefícios da cooperação.

Cooperação entre cooperativas: há ainda um comprometimento com o fortalecimento do movimento cooperativo, o que demanda ações em rede, através de estruturas locais, regionais e internacionais.

Preocupação com a comunidade: as cooperativas trabalham pelo movimento sustentável de suas comunidades, através de políticas aprovadas pelos seus membros.

Hoje, são esses os princípios que dão vida e norteiam o movimento cooperativo, em todos os níveis e ramos, nas mais diversas partes do planeta.

Deve ficar registrado que o cooperativismo, tanto quanto o sindicalismo, é um movimento que, ao longo dos anos, encontrou guarida em comunidades que, de alguma forma, estão à margem dos direitos que deveriam ser extensíveis a todos os cidadãos.

Por conta disso, surgiram diversas formas de cooperação, alargando-se o leque dessas sociedades, antes verificadas como sendo apenas as de consumo e de produção. A atual classificação das cooperativas será vista na próxima subseção deste trabalho.

Subseção III – Classificação das sociedades cooperativas

As primeiras experiências cooperativas no mundo foram as de consumo e produção. Pelas primeiras, os trabalhadores conseguiam adquirir produtos (alimentos, roupas e ferramentas) a um preço mais acessível, melhorando suas condições de sobrevivência. Pelas segundas, conseguiam melhores preços nas vendas de seus produtos, em concorrência com a empresa capitalista.

Ainda hoje essa é a classificação aceita pelos doutrinadores como a mais genuína das cooperativas. Todavia, as mesmas já há muito se mostram insuficientes para as demandas da contemporaneidade, motivo do surgimento de diversas outras classificações propostas por autores nacionais e estrangeiros.

A título de registro histórico, cabe salientar que a legislação brasileira, por meio do decreto 22.239/32, estabelecia, em seu artigo 21, um rol contendo 16 espécies de cooperativas, o qual a doutrina entendia como sendo um rol meramente exemplificativo.

Hoje, porém, de acordo com o artigo 5º da Lei 5.764/74, as sociedades cooperativas podem adotar por objeto qualquer gênero de serviço, operação ou atividade. Ademais, com a promulgação da Constituição Republicana de 1988, as possibilidades de objeto para as cooperativas ficaram mais flexíveis, posto que a Carta Magna vedou a interferência estatal em seu funcionamento.⁶

Assim, é possível identificar em pleno exercício de suas atividades e disciplinadas em normas jurídicas, cooperativas que, quanto ao objeto, classificam-se em: Cooperativas de Crédito, Cooperativas de Produção, Cooperativas de Consumo, Cooperativas Mistas, Cooperativas Habitacionais, Cooperativas de Eletrificação Rural, Cooperativas Escolares e Cooperativas de Trabalho (ALVES; MILANI, 2003).

⁶ A Organização das Cooperativas do Brasil (OCB) adota, oficialmente as seguintes modalidades de cooperativas: ramo agropecuário, ramo de consumo, ramo de crédito, ramo habitacional, ramo de saúde, ramo de serviços, ramo de trabalho, ramo especial (mineração, produção) (GIL, 2002, p, 50).

Outra classificação é a que estabelece a forma de constituição das cooperativas. Apenas a título de registro, traz-se a descrição de Polônio (1999) sobre a mesma: a) cooperativas singulares: são aquelas constituídas pelo número mínimo de 20 (vinte) pessoas (físicas), que têm, de regra, objeto de atividade econômica comum. Admite-se, porém, a presença de pessoas jurídicas; b) cooperativas centrais ou federações: são aquelas em que os associados são constituídos por cooperativas singulares, admitindo-se, porém, associados individuais; c) confederações de cooperativas: são aquelas constituídas pelo menos de 3 (três) federações de cooperativas centrais de iguais ou diferentes modalidades.

Interessa para esta dissertação as cooperativas de trabalho, que experimentaram maiores expansão no Brasil notadamente nos últimos anos. Elas estão classificadas, de acordo com Mauad (2001) em:

a) Cooperativas de produção e de serviço, que se caracteriza pela posse pelos associados dos meios de produção ou serviços. Negociam o objeto de seu trabalho, produtos e serviços, e não a força de trabalho em si mesma;

b) Cooperativas de mão-de-obra, que tem por principal característica a disponibilização de mão de obra para empresas. Não possuem os meios de produção, que são fornecidos diretamente pela empresa contratante;

c) Organizações comunitárias de produção, que se caracterizam pela organização de pessoas em comunidades ou vilas e a produção coletiva, verificadas, de regra, no setor agrário;

d) Cooperativas de trabalho mistas: a principal característica nesse tipo de cooperativa, é que apresentam mais de um tipo de atividade. Tanto podem ser uma cooperativa cujo objeto seja, ao mesmo tempo, a produção de bens e a prestação de serviços, ou ainda que a cooperativa preste serviços e disponibilize mão de obra para empresa.

Por ser uma das vertentes do objeto de estudo da presente dissertação, para as cooperativas de trabalho foi dedicada a subseção a seguir, onde serão delineadas suas características e peculiaridades, bem como o porquê das divergências teórico-jurídicas que envolvem essas sociedades.

Subseção IV - As cooperativas de trabalho

Para a boa compreensão dos objetivos desta dissertação, especificamente quanto às cooperativas de trabalho, faz-se necessário contextualizar o atual momento histórico vivenciado pela sociedade brasileira, notadamente, quanto às relações sociais e de emprego.

Visando alcançar esse objetivo, destaca-se que o atual momento da história mundial está marcado por crescente desigualdade social e econômica. A origem dessa desigualdade está na massificação, sem precedentes, da filosofia individualista liberal, apregoada pelo capitalismo globalizado, e que tem, na desenfreada busca por bens e riquezas materiais, sua característica mais marcante.

A prevalência dos interesses individuais, o culto à propriedade privada, a perseguição do lucro, a prevalência da “máxima” capitalista do não intervencionismo estatal na economia (Estado mínimo), fizeram com que, mesmo valores e direitos fundamentais e sociais (como os trazidos na Declaração dos Direitos Humanos e nas Constituições progressistas dos Estados Modernos), ficassem relegados a segundo plano.

Como conseqüência, tornou-se gritante a desigualdade social nos países pobres do mundo, notadamente nos do Hemisfério Sul. Essa desigualdade opera-se tanto no âmbito interno desses países, como entre estes e os países ricos do norte. Neste último caso, a desigualdade decorre da “dependência” dos países pobres do sul (resultante dos séculos de exploração de suas riquezas e de seu trabalho) em relação aos países ricos. Também aqui há a predominância da filosofia individualista liberal do capitalismo, que através de uma política “imperialista”, submete os povos pobres do mundo, a um regime perpétuo de escravidão.

Esse contexto de exploração causou, nas nações empobrecidas, a precarização das condições de trabalho (como o baixo assalariamento da mão-de-obra e o retrocesso nas garantias trabalhistas) e o crescente desemprego, aumentando o “exército de reserva” que os capitalistas (detentores dos meios de produção) necessitam para manter os salários em níveis que lhes propiciem sempre maior lucratividade.

Em Estados como o Brasil, detentor de uma necessária regulamentação das relações de trabalho (rígida, para um discurso capitalista), estão em pauta debates reformistas apregoando, veementemente, a “necessidade” de flexibilizá-las. Afirmam que o custo com encargos onera sobremaneira a folha de pagamento, afetando o investimento produtivo e desenvolvimento econômico do país.

Com o aumento do desemprego, tornou-se notório o desenvolvimento e proliferação das cooperativas de trabalho. Mas a aceitação pura e simples da associação a cooperativas, em substituição ao trabalho formal, subordinado e assalariado, encontra resistências. Isso porque, após a alteração do artigo 442⁷ da CLT pela Lei 8.949/94 apareceram falsas cooperativas de trabalho, que visavam fraudar a legislação trabalhista⁸ (nesse aspecto, as resistências são justas).

Em que pese isso, deve ser exaltada a associação às "verdadeiras cooperativas de trabalho" como possibilidade de combater o desemprego e como melhoria na condição econômica. Nesse sentido, deve ser ressaltado que a Constituição Republicana assegura a liberdade associativa, entendida como sendo a sem dolo, coação ou fraude, conceito que alcança, logicamente, as cooperativas (FERRARI, 1999).

De observar, ainda, que a própria Constituição estabelece ser o trabalho um direito social (*caput* do artigo 6º), além de determinar serem os valores sociais do trabalho um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Além disso, é o trabalho quem proporciona as condições para a subsistência do cidadão, porquanto dela depende a vida, um direito inviolável, conforme a Carta Magna pátria (FERRARI, 1999).

A explicação para tanta preocupação do legislador constituinte em tutelar o trabalho está no fato de que "(...) o desemprego involuntário corta (sic) e mata as aspirações do ser humano, em meio a uma quantidade enorme de compromissos pessoais e familiares assumidos em razão do trabalho formal que vinha realizando", nas palavras de Irazy Ferrari (1999, p.12).

Continuando, o autor justifica sua defesa à condição de cooperativado para os atingidos pelo desemprego:

Daí por que, o cidadão honesto ainda que sem cultura, mas cômico de suas responsabilidades de cidadão e de chefe de família, ou de apenas membro desta, procura o trabalho informal, hoje atingindo 57% da população ativa do país.

Assim fica fácil raciocinar no sentido da procura do trabalho em que são relevantes as aspirações pessoais de manutenção, ao menos, de sua dignidade como cidadão útil, com vista a uma melhor e mais estável situação econômica, através do trabalho associativo com metas definidas no presente e no futuro (FERRARI, 1999, p.12).

⁷ Art.442 - Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego. Parágrafo único: Qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre elas e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela.

⁸ Tema que será analisado no Capítulo Terceiro desta dissertação.

As cooperativas de trabalho fazem parte, portanto, de uma realidade à qual não se pode mais fechar os olhos. Não se está a discutir a substituição da condição de trabalhador subordinado pela condição de cooperado. Mas a opção cooperativa deve estar acessível aos trabalhadores que se encontrem nas condições de informalidade e desemprego. É uma parcela da sociedade⁹ utilizando-se dos instrumentos legais à sua disposição para vencer o problema do desemprego e da falta de assistência do informalismo.

Os cooperados servem-se da cooperativa para alcançarem um mercado antes restrito às sociedades mercantis prestadoras de serviços. Com a cooperativa, há uma viabilidade empreendedora, fundada no retorno das atividades laborativas aos associados, deduzidos, exclusivamente, os tributos e contribuições sociais incidentes e os custos administrativos e de investimento necessários, que são rateados proporcionalmente.

Deve-se observar que na legislação cooperativista em vigor, não há uma expressa referência a esse tipo de sociedade. Nesse sentido, salienta-se que há comando normativo (art. 4º da Lei 5.764/71) disciplinando que as Cooperativas são constituídas para “prestar serviços aos associados”.

O artigo 86 da Lei Cooperativista, porém, possibilita a prestação de serviços a terceiros, desde que essa atividade coadune-se com o objetivo social da mesma, sendo, portanto, o fundamento jurídico que sustenta a existência e atuação das cooperativas de trabalho.

Foi o Decreto Federal 22.239, de 1932, que trouxe ao mundo jurídico pátrio, o conceito das cooperativas de trabalho. No artigo 24 desse decreto, foi estabelecido serem

[...] aquelas que, constituídas entre operários de uma determinada profissão ou ofício, ou de ofícios vários de uma mesma classe, têm como finalidade primordial melhorar os salários e as condições de trabalho pessoal dos seus associados e, dispensando a intervenção de um patrão ou empresário, se propõe contratar obras, tarefas ou serviços públicos ou particulares, coletivamente por todos ou por grupos de alguns.

Ao conceituá-las, Carrion (1997, p.284) sustenta que a cooperativa de trabalho “ou serviços é constituída por trabalhadores autônomos que oferecem a terceiros, sem exclusividade, os profissionais do grupo ou de seus membros individualmente, sem perderem sua liberdade de aceitação das tarefas”.

⁹ Dados de 2006 dão conta de que o informalismo supera os 60% de trabalhadores ativos no país.

São instituições onde os próprios titulares do trabalho tomam a iniciativa de constituição e gestão do empreendimento, de forma coletiva e democrática (auto-gestão), atuando no mercado em concorrência com as sociedades empresárias, sem intermediários, obtendo, assim, melhores preços para seus bens e serviços.

Para os autores vinculados ao direito do trabalho, a cooperativa de trabalho é gênero, da qual são espécie as cooperativas de mão-de-obra e as cooperativas de prestação de serviços. Estas últimas seriam as cooperativas de trabalho propriamente dita, onde não há trabalho subordinado, visto que todos os associados fazem a gestão do empreendimento.

Já as cooperativas de mão-de-obra¹⁰ seriam as constituídas para prestação de serviços a terceiros, onde inexistente a figura do patrão, mas existiria um controlador, em vista da sua atuação como intermediador, recrutando e colocando à disposição das empresas tomadoras, trabalhadores que prestam serviços em iguais condições dos empregados destas, recebendo as mesmas ordens, controles e salários. Este tipo de sociedade não seria, portanto, admitida no direito pátrio em decorrência da intermediação, caracterizando, assim, as fraudes ao cooperativismo. Com o advento da Lei 8.949/94, houve expansão dessas fraudes.

Interessa deixar registrado, porém, que os cooperativistas não admitem a denominação “cooperativas de mão-de-obra”. Isso porque, essa denominação foi cunhada pelo Ministério Público e Fiscais do Trabalho para denominar as cooperativas, que, fraudulentamente, intermedeiam mão-de-obra.

Para eles, cooperativas de trabalho é o gênero, da qual são espécies as cooperativas de produção (detentora dos meios de produção) e de serviço (prestadora de serviço).

Diante dessa divergência, nessa pesquisa, parte-se do pressuposto que cooperativas de trabalho é gênero, da qual fazem parte as cooperativas prestadoras de serviços (que prestam serviços a terceiros, de forma lícita, sem subordinação, pessoalidade e habitualidade).

Independentemente da nomenclatura, porém, cooperativas de trabalho, nas suas mais diversas espécies, passaram a ter um importante papel alternativo (político, social, econômica e juridicamente) para os trabalhadores desempregados e na informalidade reconquistarem seu espaço dentro do mercado de trabalho.

Por desempenhar esse papel alternativo é que se tem verificado nos últimos anos, uma crescente disseminação das mesmas. Os resultados nominais são expressivos, conforme

¹⁰ O sistema cooperativo nunca admitiu a existência desse conceito de cooperativa, visto que, de fato, nos termos em que são estabelecidas no mercado, não passa de fraude à Lei Cooperativista.

levantamento realizado conjuntamente entre a Organização das Cooperativas Brasileiras e Organizações das Cooperativas dos Estados, realizado até 31/12/2005. Segundo esse levantamento, as cooperativas regularmente existentes somavam naquela data, 7.518, congregando 6.791.054 associados. Dessas, 1.994 são do ramo do trabalho, congregando 425.181 associados (ORGANIZAÇÃO, 2006).

Por hora, a título de síntese, registra-se a pujança do movimento cooperativo na modalidade cooperativa de trabalho, nos mais diversos ramos da economia, utilizado, para melhoria das condições de vida dos cidadãos e, também, como inserção no mercado de trabalho (por desempregados e na institucionalização de trabalhadores informais autônomos).

Mas é, exatamente, a atuação dessas cooperativas no setor de serviços da economia, beneficiando-se da terceirização de serviços, que tem causado uma celeuma jurídica decorrente do encontro entre direitos trabalhistas e relação cooperativa.

Com o incentivo constitucional, o Movimento Cooperativo passou a ocupar espaço no cenário econômico antes ocupado apenas pelas sociedades comerciais empresárias. É lógico que para alcançar esse nível de desenvolvimento, ele precisou se modernizar. E em muitos ramos de atividade, o fez tão bem que se tornaram até mais competitivas.

Num contexto concorrencial e de competição internacional e com a queda das barreiras econômicas entre os países, a diminuição de custos tornou-se o grande desafio das sociedades empresariais. Surge, portanto, o fenômeno da horizontalização da empresa. Ou seja, as grandes corporações passaram a terceirizar para empresas especializadas algumas atividades, distintas das suas atividades-fim. Para demonstrar o crescimento da terceirização no Brasil, Teixeira Júnior e Ciotti (2003, p.43), citando Jerônimo Souto Leiria e Newton Sarat traz os seguintes dados:

(...) crescimento da transferência de serviços para terceiros nos mais diversos ramos de atividades: restaurante (55%), limpeza (55%), transporte de produtos (46%), segurança (36%), manutenção predial (32%), transportes de funcionários (23%), jurídico (18%), projetos civis (14%), recepção (11%), manutenção de fábricas (11%), comunidade social (7%), outros (18%).

Nesse ritmo, e com os incentivos que dispõem as sociedades cooperativas, a sua inserção nesse nicho de mercado tornou-se inevitável. E como visto, a horizontalização nas empresas se dá no setor de serviços. São, portanto, as cooperativas de prestação de serviços os tipos de cooperativas que vão se inserir nesse mercado.

Registre-se, desde logo, a existência da terceirização também na Administração Pública (direta, indireta, autárquica e fundacional), com todas as ressalvas decorrentes da sua condição. Ora, mostra-se natural o encontro entre o Cooperativismo atuante na terceirização, com o Estado, maior tomador de obras e serviços e maior adquirente de bens de particulares.

Nesse encontro residem as divergências doutrinárias e jurisprudenciais acerca da participação das sociedades cooperativas nas escolhas públicas (licitação), instrumento imposto pela Constituição à Administração Pública e que será visto em momento oportuno. Mas mesmo a participação das cooperativas de trabalho na terceirização de âmbito privado, não há unanimidade quanto a sua plausibilidade jurídica.

Para tentar compreender essa divergência de entendimentos, a próxima seção foi dedicada aos aspectos jurídicos do cooperativismo, onde se espera introduzir algumas vertentes da problemática deste trabalho dissertativo. Serão vistos, assim, em três subseções, o Direito Cooperativo Brasileiro e sua natureza jurídica, a evolução histórico-legislativa no direito pátrio e a elevação ao *status* constitucional.

Seção II – O Direito Cooperativo Brasileiro

No Brasil o cooperativismo é reconhecido pelo Estado e além da lei específica regulamentadora, outras legislações esparsas lhe dão normatividade jurídica. A Constituição Republicana de 1988, posterior à lei cooperativa, aflorando sua faceta social, previu em diversos dispositivos o acolhimento desse novo ramo do direito.

Além da previsão constitucional, da legislação especial regulamentadora, bem como da legislação esparsa, fixou ainda o novo Código Civil Brasileiro (estatuto que estabelece os fundamentos da teoria geral do direito privado), num capítulo próprio e em quatro artigos, normas caracterizadoras das sociedades cooperativas, ressaltando, porém, no artigo 1.093, o disposto na Lei 5.764/71.

Diversas outras legislações trazem comandos referentes aos mais diversos ramos de cooperativas, como as cooperativas sociais e de créditos, além de outras que estabelecem normas tributárias/fiscais e previdenciárias¹¹.

¹¹ Tramitam na Câmara dos Deputados, três projetos de lei que visam regulamentar as cooperativas de trabalho, conforme será detalhado no capítulo final desta dissertação.

É todo esse conjunto de normas constitucionais e legislativas, além dos princípios sociológicos de caráter universal próprios das sociedades cooperativas (positivados, em sua maioria, no artigo 4º da Lei 5.764/71), que formam o Direito Cooperativo.

A Lei cooperativista, em vigor, prevê a natureza jurídica dessas sociedades, sendo que a maioria dos autores que a descreve tece críticas ao legislador pátrio, por dispor no artigo 4º da Lei 5.764/71, serem elas “(...) sociedades de pessoas com forma e natureza jurídica, próprias, de natureza civil, não sujeitas à falência, constituídas para prestar serviços aos seus associados”.

As críticas decorrem da confusão causada pela contradição entre as expressões “natureza jurídica próprias” e “de natureza civil”, pelo que “a cooperativa no Brasil, passou a ser a única sociedade com duas naturezas jurídicas diferentes” (BULGARELLI, 1998, p.259).

Por conta disso, é que havia divergência quanto à natureza comercial ou associativa dessas sociedades. Mas o artigo 3º da citada Lei 5.764/71 estabelece que “celebram contrato de sociedade cooperativa (...)”, o que determina a sua natureza societária. Além disso, é preciso ter o ânimo (*afectio societatis*) de ser sócio da cooperativa, de acordo com Martins (2003), característica que reforça sua natureza societária.

O Decreto 22.239/32 querendo dar às cooperativas uma forma jurídica própria, deu-lhes forma jurídica *sui generis* o que fez Bulgarelli (1998) afirmar que essa disposição fazia lembrar as decisões de certos tribunais franceses. Traz, ainda, o mesmo autor, citação de Bernard Lavergne que inadmitia as cooperativas como sendo uma associação:

A verdade é que sendo o cooperativismo um sistema ulterior à fixação das linhas mestras dos principais tipos de sociedades comerciais, teria de adotar muitas das regras dessas sociedades para configurar a forma da sociedade cooperativa, e não poderia refugir às teorias tradicionais do direito, já que, por exemplo, aproxima-se mais da associação do que da sociedade, sob muitos aspectos, tanto que com aquela foi por algum tempo confundida [...] (LAVERGNE apud BULGARELLI, 1998, p. 259).

Um traço característico, entretanto, fazem-nas diferentes das associações, conforme a continuação da explanação do doutrinador francês: “porém, como a doutrina sempre retirou à associação a atividade econômica, e como seu regime legal, em geral era incompatível com as necessidades das sociedades cooperativas, acabou por adotar o tipo societário” (LAVERGNE apud BULGARELLI, 1998, p. 259).

De acordo com Marcelo Mauad (2001, p.63), “O ponto central da controvérsia está em saber se a cooperativa visa ou não lucro”. Essa controvérsia acaba, porém, ao se analisar o já citado art. 3º da Lei das cooperativas que a define como sociedade sem fins lucrativos.

Nesse sentido, Almeida (1998, p.335.):

A sociedade cooperativa, como tivemos ensejo de acentuar, não se confunde com a sociedade comum, exatamente por faltar-lhe finalidade especulativa, embora não seja o lucro incompatível com sua natureza. Muito ao contrário, o lucro está para cooperativa na mesma situação em que está para a empresa pública, constituindo-se em mera decorrência de uma gestão profícua, mesmo porque, como já observamos, dificilmente manter-se-á uma sociedade cooperativa deficitária. Conclui pela existência de uma condição híbrida – misto de associação e sociedade.

Este traço que caracteriza essas sociedades (ausência da finalidade especulativa), a afasta do ramo do Direito Comercial e dá autonomia ao Direito Cooperativo. Nessa esteira de raciocínio, Hermani Estrella, citado por Almeida (apud FERRARI, 1999, p.13):

Na sua essência, a cooperatividade, ainda que exercida sob as vestes da pessoa jurídica, não pertence ao domínio do direito comercial, que só se ocupa com as formas associativas nas quais a perspectiva de lucro é o escopo perseguido por todos os participantes.

Observe-se que, de fato, o traço caracterizador das sociedades empresariais capitalistas está na persecução ao lucro, retirado da sua relação econômico-comercial. Com as sociedades cooperativas, embora desenvolvendo atividade econômica de proveito comum para os associados, falta-lhes o *animus lucrandi*, pois o lucro não é seu objetivo primeiro, nem deve se transformar como fonte de renda para aqueles que a organizem e a dirigem.

Feitas essas observações sobre a identificação e caracterização do Direito Cooperativo, bem como a natureza jurídica das sociedades em estudo, nas duas próximas subseções, discorrer-se-á: primeiro, sobre a evolução histórica legislativa do Direito Cooperativo no Brasil. Segundo, sobre a elevação ao *status* constitucional adquirido com a promulgação da Constituição Republicana de 1988. Objetiva-se, com isso possibilitar uma melhor compreensão de como se deu a formação do conjunto jurídico formador desse ramo do direito.

Subseção I - Histórico Legislativo do Direito Cooperativo Brasileiro

Aqui no Brasil, as regulações estatais das cooperativas datam do final do século XIX, com a autorização concedida para militares organizarem sociedade anônima com denominação de cooperativas.

Ao longo do tempo, porém, foram sendo editadas diversas normas estatais, na sua maioria decretos, que procuraram regulamentar a atuação cooperativa. Deve ser ressaltado, desde logo, o caráter controlador que, antes da Constituição de 1988, o Estado Brasileiro sempre procurou impor a estas sociedades.

Não é demais ressaltar, ainda, que nunca houve uma regulamentação única, codificada, em que pese existir o reconhecimento doutrinário da existência de um Direito Cooperativo, como um ramo autônomo do direito, reafirmado pela Constituição de 1988, conforme já demonstrado outrora.

Dessa forma, é possível identificar, num levantamento histórico/legislativo, a existência de diversas legislações referentes às cooperativas. Por exemplo, há várias legislações que estabeleciam, e ainda hoje o fazem, regras específicas de um determinado ramo cooperativo, como o das rurais, das de crédito, das de habitação, das educacionais, etc, de maneira que torna o Direito Cooperativo bastante amplo e dinâmico.

Observe-se, ainda, que já no começo do Século XX, existiam diversas modalidades de cooperativas, o que favorecia a inflação legislativa nesse ramo do direito, e ainda se verifica mesmo após o advento da Lei 5.764/71.

Não interessa no presente trabalho discorrer sobre cada uma delas, mas apenas deixar registrada uma síntese dessa evolução.

Ao fazer a evolução histórica da legislação no Brasil, Bulgarelli (1998) critica a mera descrição cronológica desses instrumentos legislativos. Por essa razão, elaborou uma classificação que, no seu entender, possibilita “uma compreensão global de sua repercussão no meio cooperativista”, a qual se adota nesta dissertação. Dividiu-a em cinco períodos básicos: a) o de implantação; b) o de consolidação parcial; c) o de centralismo estatal; d) o de renovação das estruturas; e, e) o de liberalização.

No primeiro período, o de Implantação, Bulgarelli (1998) afirma que o cooperativismo se instaurou sob o advento do Decreto 1.637 de 05 de janeiro de 1907,

profundamente influenciado pela Lei francesa de 1867, e além das cooperativas, cuidava ainda dos sindicatos rurais.

Ainda nessa mesma classificação, advieram as leis 4.984 de 21/12/1925 e o Decreto 17.339 de 02/06/1926. Segundo relato de Bulgarelli (1998, p.65), “as primeiras cooperativas brasileiras se agasalharam sob o manto de uma legislação razoável, que ao menos não era impeditiva do seu desenvolvimento”.

O período seguinte, o de Consolidação Parcial, vai da promulgação do Decreto 22.239 de 19/12/1932 até a promulgação do Decreto 59 de 21/11/1966 (BULGARELLI, 1998).

Nesse período, foi verificado um amplo desenvolvimento do cooperativismo pátrio, em parte, por conta da relativa liberdade que possibilitou o Decreto 22.239/32, em parte pelo momento político por que passava o país. Este decreto reconhecia as principais características das sociedades cooperativas.

Verificaram-se avanços e retrocessos legislativos com algumas legislações que revogaram o Decreto 22.239/32 e tornaram a colocá-lo em vigência, demonstrando a inquietação da época:

Trata-se de período bastante movimentado em termos legislativos, repletos de marchas e contramarchas em relação à manutenção do Decreto 22.239, de 1932. Este Decreto, apesar de casuístico e com vários defeitos, dava às cooperativas razoável liberdade de constituição e funcionamento, e foi graças a ele (além, é claro, da própria fase histórica repleta de reformas na estrutura social e política do país, e a constituição das grandes levas de emigrantes europeus e japoneses) que puderam as cooperativas desenvolver-se amplamente. Não se deve esquecer que, neste período também foram assinaláveis vários incentivos fiscais em alguns estados, sobretudo no sul (BULGARELLI, 1998, p.65).

Deve ser destacado, ainda, nesse período, o advento do Decreto-lei 24.627 de 10/07/1934; do Decreto 23.611 de dezembro de 1933; o Decreto 581 de 01/08/1938; o Decreto-lei 5.893 de 19/10/1943, sendo que este último revogou o Decreto 22.239, alterando alguns dos pontos básicos deste e, com melhor técnica legislativa, vigorou até 1945.

Após a redemocratização, promulgou-se o Decreto-lei 8.401 de 19/12/1945 que revogou o Decreto-lei 5.893, além de recolocar em vigência o Decreto 22.239 e o Decreto-lei 581.

Completando as legislações desse período, registra-se o Decreto 6.980 de 12/03/1941, que passou a fiscalizar as cooperativas, e; a Lei 3.189 de 02/07/1957, sobre cooperativas de transporte e cargas.

O terceiro período da classificação de Bulgarelli (1998) é o do Centralismo Estatal, trazendo como pano de fundo o Decreto 59 de 1966 e o seu Regulamento 60.597/67, que revogando todas as legislações anteriores, trouxe muitos problemas para o cooperativismo, em vista do momento político por que passava o país: a Ditadura Militar.

Influenciado por diversas leis importantes que afetaram diretamente as cooperativas (Reforma Bancária, Reforma Tributária, Emenda Constitucional 18 de 01/12/1965), o Decreto 59/66 cancelou incentivos tributários que gozavam as cooperativas e estabeleceu uma regulação restritiva, comprometendo o seu desenvolvimento. De acordo com Bulgarelli, talvez a única parte positiva desse Decreto e de seu Regulamento (e muito mais do Regulamento) tenha sido o fato de ter atentado, pela primeira vez, para a parte operacional das cooperativas. Isso porque, a orientação desse Decreto foi de atrelar a legislação à ação estatal, conforme se extrai de sua explanação:

[...] inaugurou-se (*sic*) o mau vezo de se conceituar em lei a 'política cooperativista' num sentido paternalista de orientação estatal, quando a política cooperativa deve ser o conjunto de diretrizes gerais que presidem e orientam a atividade do movimento, e não a sua própria atividade, e embora seja ponto pacífico que, em certos setores da atividade econômico-social, notadamente nos países subdesenvolvidos, o cooperativismo deve integrar-se aos planos governamentais - a sua subordinação total ao Poder Público não se justifica (BULGARELLI, 1998, p.70).

Logo em seguida, o autor enfatiza a importância da independência do cooperativismo: "A independência do movimento cooperativista é indispensável para o seu progresso, sobretudo a sua existência autêntica de acordo com os seus princípios doutrinários".

Por todos os seus aspectos negativos, o Decreto 59/66 e seu Regulamento, faziam parte de uma série de medidas contrárias ao cooperativismo, causadores da insatisfação geral com essas legislações. Por conta disso, verificou-se movimentos de apresentação de projetos de leis ao Congresso Nacional, que culminou com a legislação hoje em vigor e que deu início ao novo período na classificação de Bulgarelli (1998).

O quarto Período, o de Renovação das Estruturas, é identificado com a Lei 5.764/71, promulgada em 16/12/1971. Essa legislação representou, em sua maior parte, os anseios dos

representantes do cooperativismo pátrio, mas manteve a tão criticada “necessidade de prévia autorização estatal” (BULGARELLI, 1998).

Excetuado esse aspecto, a lei é bem estruturada e traz em seu bojo as principais características do cooperativismo, que dão fundamento ao regime jurídico cooperativo, contemplando a maior parte das reivindicações do sistema cooperativista brasileiro. Estas constavam do anteprojeto elaborado pela entidade máxima de representação, por força do conteúdo do acordo entre as lideranças cooperativas, quando da união das duas entidades maiores, a ABCOOP e a UNASCO.

Por fim, com a elevação do cooperativismo ao *status* constitucional, adentrou-se no quinto e último período, conforme proposto por Bulgarelli (1998). Pela sua importância, significando um novo tempo para essas sociedades, com o fim do controle estatal, o mesmo será analisado numa subseção própria.

Subseção II – O Status Constitucional do Cooperativismo

A promulgação da Constituição Republicana de 1988 significou, na classificação da evolução legislativa do cooperativismo formulada por Bulgarelli (1998), o início do período denominado de Liberalização.

Foi após a promulgação da Constituição de 1988 que se verificou uma maior projeção das sociedades cooperativas, visto que na nova ordem constitucional, elas passaram a viver um novo momento, sendo, doravante, expressa a proibição do intervencionismo e do controle estatal sobre as mesmas (CR art. 5º, XVIII)¹², aspectos tão criticados nas legislações infraconstitucionais que a antecederam.

Dispôs a Constituição que lei complementar regulamentaria o regime tributário das Cooperativas (art. 146, III, “c”)¹³, e determinou o estímulo ao cooperativismo e outras formas

¹² “Art. 5º(...) XVIII - A criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento”.

¹³ Art. 146 Cabe à lei complementar: (...) III – estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: (...); c) adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas.

de associativismo (art. 174, § 2º)¹⁴. Preocupou-se, ainda, o constituinte, em propagar o espírito e o ideal cooperativo, especificamente nos arts. 3º, I¹⁵; 146 *caput*; 174, 3º, e 4º; 192¹⁶.

Todos esses dispositivos constitucionais demonstram a percepção do legislador constituinte com o momento histórico vivenciado pela sociedade na época de sua promulgação, bem como do que estava por vir. Por essa razão, deu às sociedades cooperativas o estatuto jurídico-constitucional que lhes era devido diante da sua crescente importância sócio-econômica.

Mesmo com a determinação Constitucional por uma lei complementar, regulatória, para as sociedades cooperativas, o instrumento legislativo estatal com essa função continua sendo a Lei Ordinária nº 5.764, de 16/12/1971¹⁷. Essa situação é juridicamente possível, adotando-se a Teoria da Recepção de Kelsen (1974), que possibilita a manutenção do ordenamento jurídico vigente após uma revolução.

Os dispositivos da lei que com a nova Constituição conflitam, todavia, foram revogados. Este é o caso, portanto, da seção da lei que trata da “autorização de funcionamento”, disposta entre os artigos 17 e 20 da Lei 5.764/71.

Nesse sentido, deve ser observado que, como consequência do momento político em que foi promulgada, essa lei trouxe resquícios de autoritarismo e de controle, próprios do regime militar a que a sociedade brasileira esteve submetida por mais de vinte anos.

Mostra-se evidente a intenção do legislador constituinte de incentivar o cooperativismo como forma de alcançar o desenvolvimento sócio-econômico do país, notadamente nos setores sociais marginalizados. Esse incentivo se materializa por meio do chamado “ato cooperativo”.

¹⁴Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

(...)

§2º - A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo

§ 3º - O Estado favorecerá a organização da atividade garimpeira em cooperativas, levando em conta a proteção do meio ambiente e a promoção econômico-social dos garimpeiros.

§ 4º - As cooperativas a que se refere o parágrafo anterior terão prioridade na autorização ou concessão para pesquisa e lavra dos recursos e jazidas de minerais garimpáveis, nas áreas onde estejam atuando, e naquelas fixadas de acordo com o art. 21, XXV, na forma da lei.

¹⁵ “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária”.

¹⁶ Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram.

¹⁷ Há precedentes jurisprudenciais entendendo que, nesses casos, a lei ordinária é recepcionada como lei complementar, como ocorreu com o Código Tributário Nacional vigente.

Para bem compreendê-lo, na próxima seção deste trabalho será feita breve reflexão sobre o mesmo, tanto nas cooperativas em geral, como nas cooperativas de trabalho especificamente, distinguindo a relação de emprego da relação de cooperação. A exata compreensão dessa distinção mostra-se de substancial importância para a percepção de uma das justificativas mais utilizadas para a exclusão da participação das cooperativas de trabalho no processo de terceirização, inclusive na relação com o Poder Público.

Subseção III - O ato cooperativo: nas cooperativas, em geral, e nas cooperativas de trabalho

A divergência jurisprudencial em torno do tema “ato cooperativo” demonstra a dificuldade de sua compreensão, notadamente quando está em pauta a questão tributária, bem como as questões relacionadas à prestação de serviços por cooperativas de trabalho, em detrimento da relação empregatícia.

O Conceito desse instituto vem estabelecido no artigo 79 da lei 5.764/71, conforme a seguir:

Art. 79 – Denominam-se atos cooperativos os praticados entre as cooperativas e seus associados, entre estes e aquelas e pelas cooperativas entre si quando associadas para a consecução dos objetivos sociais.

Parágrafo único – O ato cooperativo não implica operação de mercado, nem contrato de compra e venda de produto ou de mercadoria.

Para se alcançar a exata compreensão do que venha a ser o ato cooperativo, necessário se faz refletir sobre o que sejam “negócio-fim” e “negócio-meio” de uma sociedade cooperativa. Para tanto, traz-se ao presente trabalho, reflexões sobre essas características propostas por Polônio (1999, p.51-52), citando Walmor Franke:

As sociedades cooperativas, visando atender suas finalidades sociais, realizam diversas atividades, interagindo ora com o associado cooperado, ora com terceiro, ou com ambos, em um mesmo ciclo operacional. Walmor Franke denomina, com muita propriedade, negócio-fim aquele realizado entre o associado e a cooperativa e negócio-meio o realizado entre esta e o mercado.

(...)

A presença dos associados em um dos pólos desses ciclos operacionais, caracterizando o negócio-fim é de importância capital para a conceituação de determinada atividade como ato cooperativo. *Contrariu sensu*, a ausência do associado de forma direta, como parte das relações jurídicas decorrentes de

quaisquer dos ciclos operacionais supra, caracteriza a operação, de plano, como ato não cooperativo.

Conforme se depreende, a distinção entre o que seja negócio-fim e negócio-meio é de substancial importância para compreender o instituto “ato cooperativo”, o qual somente se verifica nas relações cooperativistas e é ele que se subsume nas isenções fiscais previstas na legislação.

Inserida que está, a sociedade capitalista, numa economia de mercado, estando totalmente integrada à economia capitalista¹⁸, para realização do ato cooperativo com os associados (negócio-fim), é necessário que haja uma relação mercantil da cooperativa com terceiros (o negócio-meio).

Nesse sentido é que, fazendo referência à natureza bipartida da sociedade cooperativa, Franke (1973, p.26) assinala:

Em consonância com a natureza dúlice da sociedade cooperativa, os negócios jurídicos em que ela é figurante têm, de regra, caráter bipartido. O negócio interno ou negócio-fim está vinculado a um negócio externo, negócio de mercado ou negócio-meio. Este último condiciona a plena satisfação do primeiro, quando não a própria possibilidade de sua existência (como, por exemplo, nas cooperativas de consumo, em que o negócio-fim, ou seja, o fornecimento de artigos domésticos aos associados, não é possível sem que antes esses artigos tenham sido comprados no mercado).

Para definir o instituto, Périus (2001) preferiu demonstrar o que não é ato cooperativo. Para ele, de acordo com o ordenamento jurídico pátrio, o ato cooperativo: a) não é operação de mercado – pois não encerra natureza comercial; b) não é contrato de compra e venda – por clara opção legislativa; c) não é ato de natureza trabalhista – desde que não caracterize fraude à CLT; d) não é ato sujeito à plena tributação – pelo “tratamento adequado” estabelecido na Constituição e “tratamento diferenciado” conforme regulamentado na legislação infraconstitucional.

Observe-se que essas características estão nos negócios-fim dos exemplos propostos por Franke (1973, p.26):

¹⁸ Francisco Quitanilha Veras Neto (2002, p.85) sustenta que: “(...) o cooperativismo tradicional está plenamente integrado ao capitalismo, não possuindo nenhuma ideologia anticapitalista subjacente ao seu discurso”.

(...) a aquisição de produtos no mercado numa cooperativa de consumo, é negócio-meio. A venda desses produtos para os cooperados caracteriza negócio-fim. Já na cooperativa de produtores, a entrega dos produtos dos cooperados à cooperativa constitui negócio-fim e sua posterior venda no mercado, o negócio-meio.

De tudo isso se conclui que somente há ato cooperativo quando a sociedade cooperativa realiza negócio-fim, que se caracteriza por não visar o lucro, nem decorrer de intermediação mercantil, havendo, necessariamente, em um dos pólos da relação o associado.

Deve ficar registrado, entretanto, o entendimento sustentado por Wilson Alves Polônio, para quem somente não há ato cooperativo quando a cooperativa realiza negócios em seu próprio nome. Quando os realiza como mandatária¹⁹ dos associados, está, na verdade, realizando negócio-fim com terceiros.

Nesse mesmo sentido, Becho (2002, p.264-265), defende a existência de negócios cooperativos principais, essenciais, auxiliares e secundários. Interessa, para o momento, a definição do que ele denominou de negócios principais e negócios essenciais:

Também conhecido como negócios-fim ou internos, os negócios principais são aquelas operações para as quais as cooperativas foram criadas. A entrega da produção do associado para a cooperativa fazer a comercialização, o fornecimento de bens aos associados pela cooperativa de consumo, a localização de trabalho para o cooperativado nas cooperativas de trabalho são exemplos de negócios principais.

Esses negócios, indubitavelmente, estão inclusos no conceito legal de ato cooperativo.

Como visto, quanto aos negócios principais, é mera mudança terminológica do que já vinha sendo chamado até aqui de negócios-fim. Já a conceituação de negócios essenciais tem um sentido mais abrangente e caminha na direção proposta por Polônio, conforme se pode notar:

A doutrina cooperativista que faz referências a esses negócios os chama de negócios-meio ou externo. Nós preferimos chamá-los de negócios essenciais para demonstrar seu caráter de imprescindibilidade para a realização dos fatos econômicos nas sociedades cooperativas.

Esses negócios essenciais ou externos são aqueles necessários para a ocorrência dos negócios-principais. É dizer: uma cooperativa de produtores só tem sentido se vender no mercado os bens produzidos pelos seus associados. Uma cooperativa de consumo precisa, para alcançar seus

¹⁹ Para Waldírio Bulgarelli, trata-se de delegação e não de mandato.

objetivos de fornecer bens e utilidades para seus associados, de adquiri-los no mercado, o mesmo ocorrendo com uma cooperativa de trabalho, que precisa identificar, externamente, onde seus associados podem trabalhar.

De forma conclusiva, o mesmo autor sustenta:

Se interpretarmos gramaticalmente o artigo 79 da Lei 5.764/71, estas ocorrências (os negócios essenciais), não seriam considerados atos cooperativos. Entretanto, pela característica, de imprescindibilidade desses negócios para que aqueles atos sejam possíveis, entendemos que eles devem ser considerados, em interpretação sistemática, como atos cooperativos (pelo menos atos cooperativos *lato senso*) (BECHO, 2002, p. 265).

Veja-se que a tese não é nova, visto que o próprio Walmor Franke (1973, p.26) já sustentara que “a realização do negócio-meio, condiciona a plena satisfação do negócio-fim, quando não, a própria possibilidade de sua existência”. Há, portanto, na prática de alguns negócios-meio dessas sociedades, a ocorrência de ato cooperativo. Mas essa distinção é de difícil percepção e não tem encontrado a guarida necessária no Poder Judiciário.

Interessa trazer, ainda, a percepção de Périus (2001, p.87) quanto à formação do ato cooperativo. Para ele, esse instituto encontra perfectibilidade quando os objetivos sociais forem respaldados no Estatuto Social, pois, “(...) todo ato cooperativo tendente a alcançar objetivos comuns, porque sociais, tem natureza institucional, está enraizado na adesão de vontades a um ordenamento que lhes é comum por afinidade de interesses”.

Nesse caso, a adesão é contratual, mas seus efeitos são de natureza institucional e, são os efeitos da livre adesão que são reputados como sendo ato cooperativo, de acordo com o último autor citado:

Os efeitos da livre adesão denominam-se de atos cooperativos, que constituem obra em comum ou realização de uma tarefa em comum, onde há vontades ou identificação de vontades em torno de um projeto estatutário, o qual define, por decisão, ao menos da maioria, objetivos comuns a serem alcançados mediante ação coletiva ou obra em comum (PÉRIUS, 2001, p.87).

A junção de duas das características que marcam as ações das sociedades cooperativas, a idéia comum, direcionada aos mesmos objetivos (através da livre adesão à sociedade – único ato de natureza contratual) e obra ou empreendimento coletivo a ser

alcançado pela organização empresarial, materializa o ato cooperativo, de acordo com o mesmo autor, ou seja, é uma outra interpretação para o que vem a ser negócios-fins e negócios-meios.

Registre-se, por oportuno, as conseqüências (efeitos) do ato cooperativo apontados por Périus (2001) no capítulo terceiro de sua obra:

a) Afasta a existência de mercado entre as ações da cooperativa e com a dos associados, já que a cooperativa é “braço alongado” dos próprios sócios, senão dos proprietários do empreendimento. Além disso, o capital não constitui fator preponderante na obtenção dos objetivos sociais, que se alcançam pela ação coletiva dos sócios, expressa juridicamente como atos cooperativos;

b) Afasta o caráter lucrativista, pois seus agentes são os mesmos: beneficiários e proprietários;

c) Há mutualidade pura, derivada da plena identidade entre a cooperativa e seus associados, sem presença de intermediação. Saliente-se ainda, quanto a essa conseqüência, que a existência de negócios-meio não descaracteriza a cooperativa de sua natureza jurídica própria, pois estes negócios são admitidos pela legislação como exceções (artigo 85, 86 e 88); trata-se de uma exceção legal.

d) Demanda exatidão da cooperativa na fixação de seus custos na prestação de serviços aos associados. O que a cooperativa cobrou a mais deve ser devolvido ou retornado aos associados, na proporção das suas operações, jamais na proporção do valor do capital investido.

Todas essas conseqüências têm como causa a materialização dos princípios sociológicos que instruem e orientam o cooperativismo e, no caso brasileiro, estão positivados no artigo 4º da Lei 5.764/71.

No que tange às cooperativas de trabalho, a definição do ato cooperativo mostra-se, mais complexo, notadamente porque está em causa a incidência tributária e a não subordinação ao regramento das relações trabalhistas.

Quando enfrenta o tema, a doutrina é uníssona em afirmar que os valores ingressantes nas cooperativas de trabalho, decorrentes da conversão do serviço do associado em dinheiro, não devem ser havidos como receitas da sociedade, pois se assim fossem, estar-se-ia

tributando duas vezes essas receitas, visto que o cooperado (pessoa física) não está isento do pagamento de tributos.

Isto porque, ao aderir livremente a uma cooperativa, o profissional associado disponibiliza a sua atividade a quem necessite, juntamente com os demais, para que a cooperativa concorra no mercado. Nesse sentido, o entendimento de Teixeira Júnior e Ciotti (2003, p.296):

A finalidade da cooperativa de trabalho, por conseguinte, é promover a aproximação da atividade profissional de seus associados ao usuário final, sem intermediações que produzam lucro ou deteriore o teor de qualidade desse trabalho. Por isso a sociedade é considerada o prolongamento de seus associados, não se confundindo com qualquer outro tipo societário. Esta atividade-fim – que se resume na prestação de serviços aos próprios cooperados – é realizada sem fins lucrativos, sem receita e sem qualquer tributação. Os cooperados – ainda que associados – são considerados autônomos e contribuem individualmente com os tributos que incidem sobre sua atividade econômica.

Apesar disso, o fisco insiste na taxaço das cooperativas de trabalho por meio dos impostos que têm como base de cálculo a receita, o lucro e o serviço.

No Poder Judiciário, excetuando alguns entendimentos isolados, a tese da isenção de tributos das cooperativas também não tem ressoado nas suas decisões. Muitas delas de tribunais, tanto superiores, como regionais ou estaduais, não admitindo que a prestação de serviços a terceiros subsuma-se na definição de atos cooperativos estabelecida no *caput* do artigo 79 da Lei 5.764/71.

Verifica-se, assim, nessas decisões, pouca ou nenhuma relevância dada ao fato de a cooperativa participar na relação jurídica como simples mandatária dos cooperados junto à pessoa jurídica contratante. Mas, note-se que a cooperativa de trabalho atua no mercado identificando onde seus associados podem trabalhar. Esse é o negócio-fim, o ato cooperativo na cooperativa de trabalho.

Realizado o ato cooperativo, a tarefa da cooperativa se resume a repassar aos associados, os frutos dessa relação, retirando, apenas, os custos e os fundos estipulados em lei e em assembléias.

Desta forma, deve ser ressaltada a importância da constituição cooperativa na viabilidade econômica para os cooperados. O objetivo/finalidade de uma “verdadeira” cooperativa de trabalho deve ser: servir aos associados (desempregados ou trabalhadores

autônomos e informais), de maneira que, coletivamente, por meio da cooperativa, possam viabilizar a prestação de suas atividades no mercado, posto que não poderiam viabilizá-las sozinhos. Até mesmo para profissionais empregados que objetivem participar de um empreendimento, nos horários vagos, as sociedades cooperativas tornam-se uma excelente alternativa.

Ao fazer essas afirmações, demonstrado fica que não se está a defender a flexibilização dos direitos trabalhistas, ou que o trabalho subordinado seja substituído pelo trabalho cooperado. Até pode. Mas para isso, deve haver voluntariedade, democracia, participação, educação, etc, conforme apregoam os princípios cooperativos.

Observe-se que os desempregados, trabalhadores autônomos e informais, ou, até mesmo, profissionais empregados que objetivem participar de um empreendimento nos horários vagos, conseguem resultados, economicamente mais viáveis, agindo, coletivamente, por meio da cooperativa de trabalho.

Dito isso, cabe identificar as características que diferenciam a relação de cooperação da relação trabalhista. Verifica-se, por exemplo, que na relação entre a cooperativa e seu associado, não há parte hipossuficiente na intermediação de trabalhos prestados a terceiros, como ocorre na relação trabalhista. Isso porque, coletivamente, os cooperados fazem gestão decidindo, soberanamente, por meio de participação nas assembléias, o destino da cooperativa.

Além disso, a adesão ao empreendimento é decorrente de manifestação de vontade própria (o *affectio societatis*), e; não há relação de subordinação e nem necessidade de patrão e de pagamento de salários²⁰, visto que os cooperados são sócios/donos e dividem as chamadas “sobras”.

Nesse sentido, veja-se a explanação de Luz Filho (1962, p.362):

O trabalhador associado não assume o status de empregado subordinado. (...) A relação de sociedade, no seu conteúdo econômico, na sua estrutura jurídica, e o *affectio societatis* absorvem e modificam a relação de trabalho subordinado, o qual implica e pressupõe necessariamente uma dualidade e, em seguida um diverso plano econômico nos quais se colocam empregados e empregadores (...). O trabalhador associado tem status verdadeiramente característico. Não é ele assimilado ao trabalhador subordinado, mas também não assume o status de trabalhador autônomo, porque, na realidade, atua em uma comunidade orgânica, enquadrado e limitado num sistema de relações

²⁰ Destaque-se que, caso a cooperativa contrate terceiros não-associados para lhes prestar serviços, há vínculo empregatício entre estes e aquela, recaindo sobre a cooperativa a responsabilidade pelo recolhimento e pagamento de todos os encargos trabalhistas decorrente desse vínculo.

disciplinares e de ordenação da empresa cooperativa, a qual subordina aos seus fins próprios e gerais a autonomia dos associados; mas essa subordinação não é objeto de ajustes com um abstrato empregador, mas uma regulamentação necessária nascida de um ato de vontade dos próprios trabalhadores.

No mesmo sentido, Teixeira Júnior e Ciotti (2003, p.317):

A relação associativa exclui qualquer relação de direito de trabalho porque não percebe a existência de patrão e subordinados. Conclui-se desse entendimento ser impossível a existência de contrato de trabalho já que o próprio trabalhador (associado à cooperativa) transforma-se em empresário de seus próprios negócios, expressos em forma de trabalho, tarefa, obra ou serviços. Assim, o sócio de cooperativa de trabalho torna-se dono do capital de seu empreendimento cooperativo e autogestor de negócios comuns.

A sociedade cooperativa está, assim, adstrita às obrigações trabalhistas. Por sua vez, o cooperado usufrui, proporcionalmente, dos benefícios advindo do trabalho conjunto com os demais cooperados, separando desses benefícios, apenas a taxa de administração da cooperativa a que está vinculado.

Como visto, todos os benefícios advindos da associação a uma sociedade cooperativa é decorrente do instituto “ato cooperativo”, do que decorre a sua importância para a compreensão do cooperativismo e do próprio Direito Cooperativo Brasileiro, visto que a sua regulação vem disposta em lei.

O propósito da análise do assunto que aqui se encerra, foi demonstrar os contornos jurídico-dogmáticos que circundam o objeto desta dissertação e a compreensão do “ato cooperativo” mostra-se fundamental para a discussão que se trará no Terceiro e último Capítulo deste trabalho dissertativo.

O assunto abordado nas duas seções que compõem este Primeiro Capítulo, discorreu-se sobre as Sociedades Cooperativas. Nelas foram abordados, além de aspectos histórico-sociológicos, suas peculiaridades sócio-jurídicas, que juntamente com o tema que será tratado no Segundo Capítulo – Licitação Pública - darão sustentação teórica ao enfrentamento do objeto da presente pesquisa no seu capítulo final: “A participação das cooperativas de trabalho nas licitações públicas”.

CAPÍTULO II - LICITAÇÃO PÚBLICA

Seção I – Regime jurídico administrativo

Dissertar sobre Administração Pública, mesmo que apenas sobre um de seus institutos, implica, necessariamente, em compreender o papel do Estado e sua função no pacto firmado com a sociedade. E segundo a doutrina, o Estado é o povo politicamente organizado, vivendo sobre um território, onde detém a soberania diante de outros Estados soberanos, além de internamente. Nesse último caso, a soberania é exercida legitimamente através de leis, podendo até mesmo coagir fisicamente a particulares, sendo ele o único detentor desse privilégio.

É o que se pode verificar no conceito de Bastos (1995, p.10), para quem:

O Estado é a organização política sobre o qual vive o homem moderno. Ela caracteriza-se por ser a resultante de um povo vivendo sobre um território delimitado e governado por leis que se fundam num poder não sobrepujado por nenhum outro externamente e supremo internamente.

Escrevendo sobre o assunto Bacellar Filho (2005, p.17) salienta que o homem, não podendo viver de maneira isolada, organizou-se internamente, nascendo, assim, o conceito de nação. “O Estado é tão somente uma nação politicamente organizada, sendo ele composto por seu governo soberano”.

O Estado é constituído para perseguir e alcançar interesses coletivos, que não seriam possíveis individualmente. Para conseguir esse objetivo criou-se todo um aparelhamento, o qual se convencionou chamar de Administração Pública.

Tem a Administração Pública, portanto, a função de agir em nome do Estado para dar cumprimento fiel aos comandos normativos, de modo a atender os fins públicos, ao interesse público (FIGUEREDO, 1994a). Mas ela não se confunde com o governo que é quem traça suas diretrizes.

É o que se conclui das palavras de Bacellar Filho (2005, p.17-18), escudado em Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “[...] pode-se dizer que o governo por meio de atos de soberania, define as diretrizes políticas a serem seguidas, tendo como referencial o interesse

público. Já à Administração Pública, cabem os atos de execução e concretização de tais diretrizes”.

Observe-se que nem o governante, nem o administrador público é dono daquilo que governa ou administra. Disso decorre a necessidade de observância dos comandos e valores trazidos nos princípios que regem a Administração Pública, posto estarem submetidos ao interesse público e ao “Estado Democrático de Direito”.

Sob a vigência do atual regime constitucional, os princípios reitores da Administração Pública vieram dispostos no *caput* do artigo 37 da Constituição Republicana. Neste dispositivo, estão estabelecidos os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência, sobre os quais se tecerá rápidas considerações nas próximas linhas.

O princípio da legalidade é pedra angular do Estado de Direito, e no Brasil vem expresso no artigo 5º II da Constituição Republicana: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”²¹.

A Administração Pública está sujeita a sua observância, porém, premida pelo comando de um outro princípio: o da indisponibilidade do interesse público. Em decorrência disso, o administrador não apenas se submete à lei, como somente pode agir de acordo com as suas prescrições. Enquanto o particular pode fazer o que a lei não proíbe, àquele só é dado fazer o que a lei determina, de acordo com a maioria dos autores administrativistas.

Na licitação o princípio da legalidade está intrinsecamente enraizado em todas as suas fases, visto que a Lei 8.666/93 estabelece minúcias a serem seguidas pelo administrador. Nas palavras de Rigolin (2002, p.106), “(...) nenhuma liberdade tem esse último de agir discricionariamente segundo sua escolha ou seu gosto particular, mas apenas pode atuar na estrita conformidade do comando da lei”.

O princípio da impessoalidade veda o favorecimento de alguns. De acordo com Justen Filho (2005, p.52), na licitação “A impessoalidade é emanção da isonomia, da vinculação à lei e ao ato convocatório e da moralidade. Indica vedação a distinções fundadas em caracteres pessoais dos interessados”.

O princípio da moralidade impõe o respeito às fontes morais das regras jurídicas (à justiça e não apenas à lei), cumprindo-as, segundo Juarez Freitas (1997, p.67-68), “(...) de

²¹ Hoje, no Direito Administrativo, fala-se no princípio da juridicidade, por ser muito mais amplo que o da legalidade, ao englobar, mais que a lei, todo o ordenamento jurídico.

maneira precípua até, proteger e vivificar, exemplarmente, a lealdade e a boa-fé para com a sociedade, bem como travar o combate contra toda e qualquer lesão moral provocada por ações públicas destituídas de probidade e honradez”.

O princípio da publicidade visa à transparência dos atos administrativos, possibilitando fiscalizações e auditorias²². Nesse sentido, Bacellar Filho (2005, p.43), assevera: “Verifica-se que o intuito do aludido princípio é o de exigir maior transparência na atuação dos administradores, ensejando a moralidade administrativa, também constituído em princípio informador da disciplina”.

O princípio da eficiência requer a otimização do agir administrativo. E nas palavras do último autor citado,

Pode-se citar a licitação e o concurso público como os dois principais instrumentos de garantia de eficiência na atividade administrativa. Ambos os certames destinam-se à seleção de agentes qualificados, do ponto de vista técnico, para o desempenho de atividades inerentes à Administração Pública (BACELLAR FILHO, 2005, p. 45).

Sustentam alguns autores, que teria ido melhor legislador constitucional se tivesse disposto, ao invés do Princípio da Eficiência, o da Eficácia, posto que asseguraria o resultado. “O ato pode ser eficiente, porém ineficaz”, o que causaria graves danos ao interesse público.

Além desses, da leitura do mesmo artigo 37 da Constituição Republicana, infere-se outros dois princípios basilares que dão concretude ao regime jurídico administrativo: os princípios da supremacia do interesse público e o da indisponibilidade do interesse público. O primeiro, de acordo com Bandeira de Mello (2001, p.30-31), “proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o do particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último”. Assim, no confronto entre o interesse público e o privado, aquele deve prevalecer, posto que persegue o interesse coletivo. Quanto ao segundo, de acordo com o mesmo autor “significa que, sendo interesses qualificados como próprios da coletividade, internos ao setor público, não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis” (BANDEIRA DE MELLO, 2001,

²² A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, bem como outros órgãos de jurisdição nacional, possui rígidos sistemas de auditorias internas. Sujeitando-se ainda à Controladoria Geral da União e do Tribunal de Contas da União. Além de sujeitos à sistemas de fiscalização interna, a Administração Pública está sujeita à fiscalização do Poder Legislativo e das Corte de Contas da União, dos Estados e dos Municípios que os possui, em atenção ao art. 70 e ss. da Constituição Republicana.

p.34). Deste modo, não pode o agente público recusar-se a agir quando está em causa o alcance do interesse público.

Há ainda outros princípios constitucionais implícitos, que também dão sustentáculo ao regime jurídico administrativo, tais como o da razoabilidade e proporcionalidade, da presunção de legitimidade ou de veracidade, da autotutela, da continuidade dos serviços públicos, da moralidade administrativa e o da motivação.

Todo esse conjunto de princípios de matriz constitucional determina e orienta a compreensão de todo o regime jurídico administrativo. São sistemas de princípios que permitem a tipificação de normas, cujas peculiaridades conferem autonomia científica ao Direito Administrativo (BACELLAR FILHO, 2005).

Dele decorre o conjunto de prerrogativas²³ e sujeições²⁴ que caracterizam o regime jurídico próprio da Administração Pública. As primeiras asseguram à Administração Pública posição superior em relação às demais pessoas com quem se relaciona. As segundas condicionam a atuação administrativa aos fins e princípios inerentes ao interesse coletivo (BACELLAR FILHO, 2005).

A importância da definição do regime jurídico administrativo para esta dissertação, decorre da necessidade de se estabelecer os pressupostos por meio dos quais poderá agir o administrador público nas licitações. Sobreleva-se, assim, o princípio da legalidade, que além de inerente à Administração Pública, o é também em relação à licitação, juntamente com outros.

No Brasil, diferentemente de alguns países que permitem a compra direta de particulares, deve a Administração Pública (maior tomadora de serviços e maior adquirente de bens de particulares), em obediência ao princípio da legalidade, submeter-se ao princípio da licitação, em vista do comando constitucional trazido no artigo 37, XXI da Constituição da República Federativa, *in verbis*:

ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processos de licitação pública que

²³ “Essas prerrogativas consubstanciam-se na: auto-executoriedade, na autotutela, no poder de expropriar, bens e serviços, no poder de ocupar temporariamente o imóvel alheio, de instituir servidão, de aplicar sanções administrativas unilateralmente, de impor medidas de polícia, de gozar de imunidades tributárias, de gozar de prazos dilatados em juízo, de ter juízo privativo (Fazenda pública), de ter processo especial de execução (lei de execuções fiscais), de ter presunção de veracidade de seus atos” (BANDEIRA DE MELLO, 2001, p. 59).

²⁴ Elas restringem a atuação estatal, condicionando-a ao atendimento dos princípios vetores do sistema normativo: legalidade, finalidade pública, moralidade administrativa, publicidade, razoabilidade, impessoalidade, proporcionalidade, etc. (BACELLAR FILHO, 2005).

assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

A lei 8.666/93, alterada posteriormente, veio regulamentar o artigo constitucional citado, em cumprimento ao inciso XXVII²⁵ do artigo 22 da Constituição Republicana.

A licitação é, portanto, o processo formal que o legislador constituinte impôs ao administrador público ao contratar com o particular, de forma democrática e sem favorecimentos, objetivando alcançar a finalidade pública. É, no dizer de Rigolin e Botino (2002, p.23), “[...] a imposição ao administrador de uma “*via crucis* quase sumamente penosa e árdua, técnica e materialmente perigosa, por tão complexa, repleta de armadilhas e tropeços de toda ordem [...]”.

Embora não se possa concordar com todos os termos dessa última afirmação, infere-se da imposição à licitação, a desconfiança que a lei tem do agente administrativo, decorrente do próprio histórico do agir de administradores públicos ímprobos.

A licitação é, nas palavras de Di Pietro (2005, p.312-313) “uma decorrência do princípio da indisponibilidade do interesse público e que se constitui em uma restrição à liberdade administrativa na escolha do contratante”.

Sendo também um princípio, a licitação deve ser seguida por toda a Administração Pública, seja direta, indireta, autárquica ou fundacional, de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Mas deve ser ressaltado, que por conta do disposto na parte final do artigo 22, XXVII da Constituição Republicana, as empresas estatais podem dispor de processos licitatórios próprios, observando-se os princípios da licitação.

Sobre o processo licitatório discorrer-se-á na próxima subseção deste trabalho. Introdutoriamente, sobre o seu conceito e objetivos. Depois, em duas outras subseções serão enfocados, primeiramente, os princípios que o regem. Em seguida, serão vistos os casos de exceções ao princípio da licitação, bem como as modalidades licitatórias. Por fim, serão analisadas as vedações legais à participação nas licitações, já introduzindo alguns dos aspectos a serem debatidos no último capítulo deste trabalho dissertativo.

²⁵ Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

(...)

XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da união, Estados, Distrito Federal, Municípios, obedecido o disposto no artigo 37, XXI, e para as empresa públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III.

Subseção I - Conceito e objetivo da Licitação Pública

Licitar, conforme o Dicionário da Língua Portuguesa (MELHORAMENTOS, 1992), significa pôr à venda por meio de lances, leilão. O termo licitação vem do latim *licitatio*, que também significa fazer leilões.

A história da licitação no Brasil data de 1916 com o Código da Contabilidade Pública da União. Este *codex* foi substituído em parte pelo Decreto-Lei 200/67, ao dispor, entre os artigos 125 a 144, sobre licitações (BACELLAR FILHO, 2005).

O Decreto-Lei 200/67 foi substituído pelo Decreto-Lei 2.300/86, considerado pela maioria dos doutrinadores como uma boa norma, já englobando o tema licitação e contratos administrativos. Esta norma autodenominava-se Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Administrativos, mas estava envolto em um clima de denúncias de corrupção e roubalheiras constantemente veiculadas pela imprensa da época (RIGOLIN; BOTTINO, 2002).

Por essa razão, na câmara dos deputados iniciou-se a tramitação do projeto de lei que culminou com a edição da Lei 8.666/93. “O motivo primordial da nova lei, segundo se pode subsumir do noticiário à época, foi tentar conter a corrupção negocial na Administração (...)”, de acordo com Rigolin e Bottino (2002, p.40).

A Lei 8.666/93 estabelece normas de caráter geral, obrigatórias para a União, Estados e Municípios, bem como as entidades paraestatais que lhes são vinculadas (autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista). Por se tratar de uma lei federal, as normas específicas trazidas em seus dispositivos são endereçadas apenas às entidades citadas na esfera federal.

É o artigo 3º da Lei 8.666/93 que estabelece ter a licitação por objetivo,

selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública”. Para muitos autores, ela é, portanto “o procedimento administrativo formal em que a Administração Pública convoca, mediante condições estabelecidas em ato próprio (edital ou convite), empresas interessadas na apresentação de propostas para o oferecimento de bens e serviços (BRASIL, 2006a).

Di Pietro (2005, p.309), fazendo referência à José Roberto Dromi, define a licitação como sendo:

o procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitem às

condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração de contrato.

Não menos elucidativo foi o conceito elaborado por Figueredo (1994, p.15), para quem a licitação “é o procedimento administrativo formal, nominado, que tem por objeto a seleção do melhor contratante, que deverá prestar ao Estado serviços, construir obras, fornecer ou adquirir-lhe bens”.

Nota-se que a maioria dos autores renomados que escrevem e escreveram sobre o tema, apesar de formularem conceitos diversos, seguem uma linha de entendimento comum. Observe-se isso nas próximas conceituações, começando pela definição de Meirelles (1977, p.12), para quem a licitação é:

O procedimento administrativo mediante a qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Visa a propiciar iguais oportunidades aos que desejem contratar com o Poder Público, dentro dos padrões previamente estabelecidos pela Administração, e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos.

Já Bandeira De Mello (2001, p.471) formulou o seguinte conceito:

É o procedimento administrativo pelo qual uma pessoa governamental, pretendendo alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras ou serviços, outorgar concessões, permissões de obras ou serviços ou de uso exclusivo de bem público, segundo condições por ela estipuladas previamente, convoca interessados na apresentação de propostas em função de parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados.

É a licitação, portanto, o instrumento que dispõe a Administração Pública para selecionar o terceiro (particular) que oferecer a proposta mais vantajosa, para com este firmar contrato administrativo. Nesse instrumento a lei procurou resguardar o direito a todos os interessados em contratar com a Administração, ao exigir obediência ao princípio da isonomia, impondo o respeito ao oferecimento de iguais oportunidades a todos os interessados em participar do certame.

É também, nesse sentido, a explanação de Bacellar Filho (2005, p.94), para quem a licitação

[...] além da intenção de selecionar a proposta mais vantajosa, longe de evidenciar desconfiança no tirocínio do administrador brasileiro, é de

propiciar, democraticamente, que todos os interessados que reúnam as condições exigidas em lei, possam disputar, em igualdade de condições, a possibilidade de contratar com a administração.

Registre-se, desde logo, que nesta dissertação, adotou-se o entendimento de que a licitação, sendo uma competição beligerante por natureza, é processo²⁶ e não procedimento (BACELLAR FILHO, 2005). Por essa razão, ao longo de todo esse trabalho dissertativo será essa a denominação utilizada, seguindo a orientação constitucional, discrepando do que tem sido sustentado por diversos autores, inclusive alguns dos aqui citados.

Segue-se, assim, o que tem sido sustentado por autores como Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Romeu Felipe Bacellar Filho e Odete Medauar. Para o primeiro, a licitação

[...] caracteriza-se (*sic*), em seu todo, pela participação concorrencial emulativa de interessados, de modo que melhor seria falar-se, respectivamente, em processo concorrencial, para designar o instituto *in genere*, e em princípio da competição, para apontar seu fundamento (MOREIRA NETO, 2003, p. 174).

Enfrentando a problematização apontada, Bacellar Filho (2005, p.95) sustenta que “(...) a licitação é processo, pois nasce marcada por uma conflagração, uma verdadeira disputa de interesses. É um processo público, pois, em homenagem ao princípio da isonomia, todos que se encontram nas condições podem participar”.

Por sua vez, Odete Medauar (2000, p.214) sustenta: “É um processo administrativo porque, além das sucessões de atos e fases, há sujeitos diversos – os licitantes – interessados no processo, que dele participam, perante a Administração, todos, inclusive esta, tendo direitos, deveres, ônus, sujeições.”

Diante do exposto, e em que pese haver grande adesão dos doutrinadores à tese de ser a licitação um procedimento, por acreditar na melhor correlação do exposto com o sentido jurídico da licitação, adota-se o entendimento de ser a licitação processo e não procedimento.

Feitas essas considerações, cabe demonstrar o regime jurídico a que deve obediência à licitação pública. Para tanto, necessário se faz discorrer sobre os princípios licitatórios relacionados no artigo terceiro da Lei 8.666/93, bem como outras sujeições e prerrogativas que, além de inerentes à Administração Pública, caracterizam a licitação pública.

²⁶ “(...) o processo não se encontra restrito ao exercício da função jurisdicional. Um dos primeiros a defender essa idéia no Direito Administrativo Brasileiro, foi o Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, que, como salientado, já na década de setenta, entendia o processo como forma de desenvolver a função administrativa, jurisdicional ou legislativa” (BACELLAR FILHO, 1998, p. 49-50).

Subseção II – Princípios orientadores das licitações públicas

A compreensão do regime jurídico administrativo, já disposto anteriormente, mostra-se de fundamental importância para compreensão das limitações e privilégios impostos aos órgãos e entidades do Poder Público nas licitações.

As sujeições impostas à Administração decorrem do regime jurídico administrativo, que, além delas, lhes possibilita, também, as prerrogativas públicas. Sendo a licitação um instituto inerente ao Poder Público²⁷, por conta do seu regime jurídico, não pode o administrador público escolher o contratante que melhor lhe apraz. É necessário seguir as determinações legais, respeitando os princípios que dão sustentação ao regime jurídico administrativo e outros que são correlatos à licitação, objetivando-se evitar, assim, favorecimentos, apadrinhamentos, nepotismos e corrupções²⁸.

Observe-se, porém, que além daqueles princípios constitucionais expressamente dispostos no artigo 37 da Constituição Republicana, bem como os implícitos ao longo do texto da Carta Magna, citados neste Capítulo Segundo, a Lei Licitatória impõe outros.

Desta forma, os princípios orientadores da licitação, trazidos no artigo 3º da Lei 8.666/93 são os da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da probidade administrativa, da igualdade, da publicidade, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos.

Há, ainda, princípios implícitos na lei, qual seja, o da motivação, do contraditório, da ampla defesa e fiscalização/participação popular (BACELLAR FILHO, 2005, p. 96).

Discorrer-se-á, apenas, sobre os princípios da igualdade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo, visto

²⁷ Na iniciativa privada não se concebe a aquisição de bens e a contratação de obras e serviços através das formalidades impostas às entidades públicas. Ivan Barbosa Rigolin chega a caracterizá-la como um péssimo negócio para a Administração Pública, do ponto de vista econômico-financeiro, posto que muitas vezes esta é obrigada a contratar por preços irrealistas. Isso decorreria da necessidade de obediência às formalidades legais, como por exemplos, os prazos. Contudo, com o fim do ciclo inflacionário no país, bem como a modernização da legislação, notadamente com o advento da lei 10.520/02 (Lei do Pregão) e posteriormente, com o Decreto 5.450/05 (regulamento do Pregão Eletrônico), vive-se um novo momento nas escolhas públicas. Tem-se experimentado um modelo de eficiência, eficácia transparência e grandes economias ao erário.

²⁸ Durante o ano de 2005, último ano do primeiro mandato do Governo do Presidente Lula, o Brasil foi sacudido por denúncias de corrupção nos processos licitatórios, a partir de notícias veiculadas na Rede Globo, envolvendo funcionários de carreira da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. As notícias dão conta de favorecimento a determinados licitantes, mediante pagamento de propinas, em afronta direta à Constituição e à lei. Tão grandes foram as repercussões dessas denúncias, que o país mergulhou em uma crise política sem precedentes, que somente veio a se encerrar após as eleições de 2006. Mas o grande legado da crise para as compras públicas, foi o advento do Decreto 5.450/05, que instituiu a obrigatoriedade do Pregão Eletrônico nas contratações de bens e serviços comuns, na esfera da Administração Pública Federal e que será objeto de análise na terceira subseção desta seção.

que para os demais, reporta-se à seção introdutória deste Capítulo, onde os mesmos já foram objetos de análise.

O princípio da igualdade relaciona-se com o da impessoalidade, sendo um dos mais importantes do processo de escolha pública. Consagrado no inciso XXI do artigo 37 da Constituição Republicana, proíbe o estabelecimento de preferências entre os concorrentes.

Estabelece o parágrafo 1º do artigo 3º da Lei 8.666/93, vedações decorrente do princípio da isonomia, além de prever, implicitamente o princípio da competitividade. Assim, ao mesmo tempo em que garante igualdade na participação dos concorrentes, incentiva a competitividade, objetivando obter o negócio mais vantajoso para a Administração Pública.

É de todos conhecidos os ensinamentos de Ruy Barbosa quanto ao princípio da isonomia, ao dispor que “isonomia não é senão a igualdade entre os iguais, e a desigualdade entre os desiguais na exata medida de suas desigualdades”. Na licitação, “O princípio da igualdade implica o dever não apenas de tratar isonomicamente todos os que afluírem ao certame, mas também o de ensejar a oportunidade de disputá-lo a quaisquer interessados que, desejando dele participar, podem oferecer as indispensáveis condições de garantia,” nas palavras de Bandeira de Mello (2002, p.474).

Para os objetivos desta dissertação, a exata compreensão desse princípio mostra-se de fundamental importância, pois não raras vezes se tem visto decisões judiciais vedando a participação de cooperativas em licitações públicas, usando como fundamento a violação a esse princípio. O aprofundamento do assunto virá, porém, em momento oportuno.

O princípio da probidade administrativa prima por um agir administrativo lícito moral e ético, primando pela lealdade e a boa-fé para com a sociedade e com os licitantes, compatibilizando o ato com a justiça, a equidade, com os bons costumes e com as regras de boa administração. Note-se que ao dispor a Lei 8.666/93 de parte específica referente aos crimes nas licitações, entre os artigos 89 e 99, está a combater a improbidade do administrador público.

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório, exige que o julgamento do certame ocorra nos estritos termos previamente estabelecidos na convocação.

Nesse sentido é a explanação de Di Pietro (2005, p.318):

Quando a Administração estabelece, no edital ou na carta-convite, as condições para participar da licitação e as cláusulas essenciais do futuro contrato, os interessados apresentarão suas propostas com base nesses elementos; ora, se for aceita propostas ou celebrado contrato com desrespeito às condições previamente estabelecidas, burlados estarão os princípios da licitação, em especial o da igualdade entre os licitantes, pois aquele que se

prende aos termos do edital poderá ser prejudicado pela melhor proposta apresentada por outro licitante que os desrespeitou.

Para atingir os objetivos da licitação, necessário se faz ainda que os critérios de julgamento das propostas sejam objetivos, conforme propõe o princípio do julgamento objetivo. Observe-se que a finalidade da licitação é contratar a proposta mais vantajosa para a Administração. Isso implica que a melhor proposta não será, necessariamente, a de menor preço. O instrumento convocatório, portanto, precisa prever os critérios de julgamento e na sua ausência, presumir-se-á que a licitação seja o de menor-preço.

Deve ser salientada, ainda, a existência de outros princípios a serem observados durante o processo de licitação: o do sigilo das propostas, como supedâneo da isonomia, da objetividade do julgamento e dos demais princípios; da adjudicação compulsória, que pressupõe que, caso a Administração venha a contratar o objeto licitado, terá que fazer, necessariamente, com o vencedor da disputa²⁹; o princípio da motivação, como pressuposto do princípio da publicidade.

Por fim, cabe destacar que para conseguir o maior número possível de concorrentes, as normas que regulamentam as licitações públicas devem ser interpretadas visando à ampliação da disputa, respeitado o disposto no edital e os princípios que são próprios da escolha pública. Saliente-se que se trata de uma relação de mercado, onde, havendo maior número de concorrentes, a tendência é ter-se uma melhor negociação para a Administração.

Visando possibilitar uma melhor compreensão do funcionamento prático de um processo licitatório, será visto na próxima subseção, o que deve ser licitado e as exceções a essa regra, bem como as modalidades de licitações trazidas na lei 8.666/93. Dentre elas, será visto o pregão, uma modalidade trazida ao mundo jurídico por meio de uma medida provisória, que veio a se transformar na Lei 10.520/02, bem como o pregão na forma eletrônica, institutos que vieram revolucionar as contratações públicas, notadamente após a edição do Decreto 5.450/05, que tornou obrigatória a utilização deste último na esfera pública federal, nas contratações de bens e serviços comuns.

²⁹ Observe-se que o vencedor da disputa detém mera expectativa de direito. Vencer o certame não significa que irá, necessariamente, executar o objeto da licitação. Caso a Administração desista de contratar aquele objeto, em razão de interesse público ou de fatos supervenientes, não está obrigada a contratar nem indenizar o vencedor da disputa. Porém, não poderá executá-lo com nenhum outro que não seja o vencedor da disputa.

Subseção III – Exceções e modalidades licitatórias

Nos termos do artigo 2º, da Lei 8.666/93, “As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação (...)”.

Nesse sentido, uma notícia publicada no sítio eletrônico do sistema “comprasnet” do governo federal, informa que, “Um estudo da ONG Transparência Internacional revela que, a cada 100 reais que o governo precisa gastar, 68 só saem dos cofres públicos com licitação”³⁰. Esses dados confirmam o disposto em lei, de que licitar é a regra³¹ que tem de ser obedecida pelos administradores públicos.

Entretanto, como não poderia deixar de ser, a Lei 8.666/93 previu as exceções. Primeiramente, no artigo 17 a Lei estabelece um rol de situações onde compulsoriamente determina que a licitação seja dispensada.

Esse rol cuida de bens móveis e imóveis, onde fica demonstrada a impossibilidade de competição, inviabilizando a realização de um processo licitatório. Tratando de imóveis, a Lei prevê que está dispensada a licitação nos casos de dação em pagamento; doação a outros órgãos ou entidades públicas; permuta de interesse público; investidura; venda a outro órgão ou entidade da administração; e, alienação, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de imóveis vinculados a programas habitacionais.

Tratando-se de bens móveis, está dispensada a licitação, as doações para uso de interesse social; permuta entre órgãos e entidades públicas; vendas de ações negociáveis em bolsa; vendas de bens produzidos e comercializados por órgãos e entidades com tal finalidade; e, vendas de materiais e equipamentos para outros órgãos ou entidades públicas.

Após esses casos denominados pelo legislador de “licitação dispensada”, a lei trata no artigo 24 dos casos de “dispensa de licitação”. Num rol taxativo de 27 incisos, prevendo situações especiais, a Lei faculta ao administrador público dispensar a realização do processo licitatório, podendo o mesmo contratar diretamente com o particular.

³⁰ O MOUSE CONTRA OS RATOS - O governo acerta ao exigir o pregão eletrônico nas compras públicas Disponível em: <http://www.comprasnet.gov.br/noticias/noticias1.asp?id_noticia=182>, acessado em 16 de dez. de 2006.

³¹ Da experiência do autor desta dissertação na Empresa brasileira de Correios e Telégrafos, observou-se que, apesar de a licitação ser a regra, e a “dispensa de licitação” ser uma mera faculdade, esta última é um procedimento muito utilizada no dia-a-dia da gestão pública, notadamente nas contratações de pequeno valor, conforme os incisos I e II do art. 24.

Observe-se que essas situações abstratas são uma faculdade que a Lei disponibilizou ao gestor público, podendo este, ainda que as mesmas sejam verificadas no real concreto, optar em realizar a licitação, seguindo a regra. É, portanto, uma decisão discricionária.

As situações mais utilizadas no dia-a-dia na gestão dos negócios públicos,³² são as previstas nos incisos I e II do artigo 27 da Lei 8.666/93, onde há a dispensa da licitação em decorrência do baixo valor da contratação³³; a chamada “dispensa de licitação emergencial”, disposta no inciso IV³⁴, e; os casos de locação de imóveis previstos no inciso X.

Além dos casos de “licitação dispensada” e de “dispensa de licitação”, a Lei prevê ainda no artigo 25 as hipóteses de “inexigibilidade de licitação”³⁵ quando houver a inviabilidade de competição, em razão da natureza exclusiva do negócio, da singularidade técnica/profissional ou na contratação de artista profissional.

Verificados, em apertadas linhas, os casos de exceção à regra licitatória, cabe apenas deixar registrada, para os fins deste trabalho dissertativo, a ausência de qualquer impedimento, no rol dos três artigos que prevêem a exceção, qualquer impedimento que exclua a possibilidade de contratação direta com as sociedades cooperativas.

³² Registre-se que a referência aos casos mais usados, conforme aqui dispostos, decorre da experiência do autor desta dissertação na Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. A maior ou menor utilização dessa ou aquela situação dispostas nos incisos do artigo 24, vai decorrer do tipo de atividade desenvolvida pelo órgão ou entidade pública.

³³ Nas contratações de obras de Engenharia, pode haver a dispensa de licitação quando os contratos forem até R\$ 15.000,00 para a Administração Direta e R\$ 30.000,00 para a Administração Indireta, conforme disposto no inciso I c/c § único do artigo 24. Nas demais contratações, com valores até R\$ 8.000,00 reais para a Administração Direta e R\$ 16.000,00 para a Administração Indireta, pode haver a dispensa de Licitação, de acordo com o inciso II c/c § único do mesmo artigo.

³⁴ Art. 24. É dispensável a licitação:

(...)

IV - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos;

³⁵ “Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

I - para aquisição de materiais, equipamentos; ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou ainda, pelas entidades equivalentes;

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública”.

Em continuidade ao intento de aproximar o leitor da realidade prática de um processo licitatório e seus objetivos, discorrer-se-á, a seguir, sobre as modalidades de licitação previstas na Lei 8.666/93.

As modalidades dispostas na Lei 8.666/93 estão previstas no seu artigo 22. São elas: concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão. Com o advento da Lei 10.520/05 uma nova modalidade de licitação veio se juntar a essas: o pregão.

A opção por uma dessas modalidades de licitação está relacionada com o objeto (bens, serviços e obras que se deseja contratar) e com os valores das respectivas contratações. A escolha é, de certa forma, vinculada, posto que a lei prevê expressamente quando cabe cada uma delas: Entre a concorrência, tomada de preços e o convite a lei faz uma gradação decrescente dos valores do objeto a ser contratado, dele não podendo fugir o administrador. Possibilita, porém, que seja escolhida a modalidade prevista para uma contratação de valor maior, mesmo que se esteja a contratar um valor inferior ao previsto para o caso.³⁶

Registre-se, que as “modalidades” não se confundem com os “tipos de licitação” estabelecidos no artigo 45 da Lei. Estes estão relacionados com os critérios de julgamento das propostas, e são: “menor preço”, “melhor técnica”, “técnica e preço” e “maior lance” (para o caso do leilão).

Feitas essas considerações preliminares sobre as modalidades licitatórias, cabe discorrer, em rápidas palavras sobre cada uma delas, a fim de demonstrar que, independentemente da modalidade licitatória, possui a Administração pública instrumentos de verificação da idoneidade de uma cooperativa nas licitações.

A primeira modalidade que a Lei se refere é a concorrência. Sua principal característica é a de ser destinada a contratações de maior vulto, sendo obrigatórias para aquisição e alienação de bens imóveis, para concessão de direito real de uso e licitações internacionais.

Outras duas características dessa modalidade é que ela permite a participação de qualquer interessado (não necessitando de prévio cadastro³⁷ ou convite) e da necessidade de

³⁶ Art. 23 – (...) § 4º Nos casos em que couber "convite", a Administração poderá utilizar a tomada de preços e, em qualquer caso, a concorrência.

³⁷ Hoje, em nível federal, não há mais, na prática, cadastros de interessados em participar de licitação, nos próprios órgãos ou entidades. Isso porque, há algum tempo foi implantado pelo governo federal, o SICAF - Sistema de Cadastro Unificado de Fornecedores, vinculado ao “Comprasnet”, o Portal de Compras do Governo Federal. Por esse sistema, de cadastro obrigatório para quem queira participar de licitação em órgãos e entidades

ampla divulgação através da imprensa oficial e em jornal de grande circulação. Essa publicação deve ser feita com antecedência mínima de 45 dias antes da sessão da abertura dos envelopes (nos regimes de empreitada integral ou quando for licitação do tipo “melhor técnica” ou “técnica e preço”) e 30 dias nos demais casos.

A segunda modalidade trazida na lei é a tomada de preços. Direcionada para contratações de médio vulto, permite a participação de licitantes cadastrados antecipadamente (até três dias antes da sessão de abertura dos envelopes) no registro cadastral do órgão licitante (ou SICAF, conforme nota anterior). Exige prévia divulgação através de jornal da imprensa oficial e jornal de grande circulação, pelo prazo mínimo de 15 dias nos tipos “menor preço”, e 30 dias para “técnica e preço” ou “melhor técnica”.

O convite³⁸ se destina a interessados do ramo, cadastrados ou que se cadastrem até vinte quatro horas antes da apresentação das propostas e que tenham sido convidados pelo órgão licitante. Além do envio da carta-convite a no mínimo três convidados, a comissão de licitações deverá afixar cópia da carta em local onde costumeiramente afixa instrumentos convocatórios, como forma de ampliar a publicidade. Observe-se, entretanto, que nessa modalidade não há a necessidade de publicação no Diário Oficial, ou em jornais de grande circulação.

O concurso destina-se à escolha de trabalho técnico, artístico ou científico, mediante remuneração ou prêmios ao vencedor. Demanda a necessidade de divulgação na imprensa oficial e jornal de grande circulação, com uma antecedência mínima de 45 dias.

A última modalidade prevista na Lei 8.666/93 é o leilão. Presta-se para venda de bens móveis inservíveis para a Administração Pública, nos termos do artigo 19 da mesma lei, ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados. Essa é a modalidade de licitação que utiliza o “maior lance” como critério de julgamento.

O Administrador Público, no caso, a comissão de licitação do órgão público licitante, deve escolher a modalidade licitatória de acordo com o que prescreve a Lei, visto que os critérios nela estabelecidos têm por objetivo dar segurança ao interesse público. Quanto maior o grau de importância econômica, maiores serão as formalidades da modalidade a ser adotada.

federais, é possível verificar a situação fiscal do fornecedor, bem como se há impedimento e penalidades que impeçam a participação do mesmo nas escolhas públicas.

³⁸ É a modalidade prevista para os casos de contratações de cujo valor não exceda a cento e cinquenta mil reais, nos casos de obra e serviços de engenharia, e oitenta mil reais, nos demais casos.

Fica fácil perceber, portanto, que a concorrência, por ser a modalidade destinada às contratações de maior vulto econômico, possui o maior conjunto de formalidades a ser seguida pelo administrador.

No ano de 2002, foi editada a Lei 10.520, originada da Medida Provisória 2.108-09, de 27 de Dezembro de 2000, que trouxe ao mundo jurídico uma nova modalidade de licitação: o pregão. Inspirado no sucesso de sua utilização pela ANATEL em suas licitações, o pregão já nasceu com boa aceitabilidade, visto que trouxe grandes economias aos cofres públicos, além de ter propiciado maior transparência e concorrência.

De acordo com o artigo primeiro da lei 10.520/2002, o pregão destina-se à aquisição de bens e serviços comuns³⁹, cujos padrões de qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.

Assim como a concorrência e a tomada de preços, no pregão há a necessidade de publicação no Diário Oficial com uma antecedência mínima de oito dias da sessão de abertura das propostas (com a diferença de serem dias úteis).

Merece destaque o fato de que, diferentemente do que ocorre com as demais modalidades licitatórias, no pregão não há limitações nos valores das contratações, podendo a Administração efetuar contratações de qualquer valor. O único requisito exigido pela Lei é que se trate de bens ou serviços comuns.

As grandes novidades trazidas por essa nova modalidade de licitação, porém, foram a possibilidade de oferecimento de lances da inversão das fases de habilitação e julgamento das propostas e o procedimento recursal.

Nas demais modalidades a comissão de licitação, em sessão pública⁴⁰, faz, inicialmente, o credenciamento⁴¹ dos participantes. Os licitantes, por sua vez, trazem para a sessão dois envelopes lacrados. No primeiro trazem suas documentações, conforme exigidas na legislação e no instrumento convocatório. De posse deles, a comissão verifica a adequabilidade dos mesmos (de todos os licitantes) com o edital, habilitando-os, ou não à

³⁹ O termo “bens e serviços comuns” é um daqueles que se pode conceituar de indeterminado. Por conta disso, muitas discussões têm sido travadas em torno do mesmo. Por não ser do interesse do objeto desta dissertação, não se enfrentará a discussão. Deixa-se registrado, porém, que o § único do artigo 1º da Lei 10.520/02 traz a conceituação: “Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado”.

⁴⁰ Sessão única ou dividida em outras sessões, a depender da modalidade e da complexidade do objeto da licitação.

⁴¹ Observe-se que a Comissão analisa todas as propostas e todos os documentos habilitatórios de quem acudir ao certame.

licitação. No segundo envelope trazem suas propostas econômicas ou de preços. A licitação será adjudicada para o licitante que trazer no segundo envelope a proposta mais vantajosa para a Administração, e que não tenha sido inabilitado por irregularidade na documentação.

Diferentemente, no pregão presencial⁴² primeiro é aberto o envelope das propostas econômicas e somente após o encerramento da fase de lances (contrário ao do leilão, pois vence quem ofertar o menor preço), é que se verificará a habilitação da licitante e, somente a do vencedor. Tal procedimento possibilita maior agilidade ao certame, evitando, inclusive, paralisação com recursos administrativos, visto que há menos decisões a serem tomadas pela comissão, no que tange à verificação da documentação dos demais licitantes.

A segunda grande novidade vinda com o advento do pregão foi a possibilidade da licitante oferecer lances. No envelope do licitante vem apenas a proposta inicial que a habilitará, ou não a participar da fase de lances. Participa da fase de lances o licitante que ofertar o valor mais baixo e os ofertantes das propostas que estejam até 10% a mais que este valor. Não havendo ao menos três, serão escolhidas as três melhores propostas, quaisquer que sejam os valores das mesmas.

Na fase de lances, o licitante detentor da proposta com valor maior, caso queira continuar na disputa, precisará cobrir a melhor proposta, ofertando o “menor preço”. Em vista desse procedimento, o pregão é chamado de ‘leilão reverso’. Terá o objeto da licitação a si adjudicado o licitante que vencer a disputa de lances.

Conforme visto, essa modalidade tem maior dinamicidade e possibilita a contratação com melhores preços, posto que, com a possibilidade de oferecimento de lances, acirrou o espírito concorrencial entre os licitantes. Além disso, evita o conluio entre os participantes, crime que nem sempre a Administração Pública consegue evitar nas demais modalidades.

Deve ser feito, ainda, o registro quanto à interposição dos recursos. No pregão presencial e necessário que haja expressa manifestação, na própria seção, da intenção de interpô-los, sob pena de preclusão desse direito, conforme disposto no artigo 4º inciso XVIII da Lei 10.520/02, com prazos mais exíguos para apresentação das razões e contra-razões (3 dias). Além disso, os demais licitantes já saem da sessão intimados para apresentarem contra-razões, logo em seguida ao fim do prazo para apresentação das razões do recorrente.

⁴² Com o advento do Decreto 5.450/05, instituindo a obrigatoriedade na utilização do pregão na sua forma eletrônica, nas contratações de bens e serviços comuns na esfera federal, houve a necessidade de diferenciá-lo da sua forma convencional, o pregão presencial.

Conforme se pode depreender da leitura desta subseção, os procedimentos do processo licitatório são cheios de formalidades, que vêm minuciosamente prescritos na legislação. A eles, em obediência ao princípio da legalidade, deve obediência o administrador público.

Em que pese todas essas inovações, no ano de 2005, o país enfrentou grave crise política, envolvendo grandes nomes da política nacional e funcionários públicos de carreira, decorrente de atos de corrupção praticados nas contratações públicas, em afronta direta à lei e aos princípios que regem a Administração e as licitações.

As principais formas utilizadas para burlar a lei são: o sutil direcionamento da licitação a determinado licitante; a combinação de preços entre os licitantes, e; a improbidade de servidores corruptos, que trazem grandes prejuízos aos cofres públicos.

Nesse sentido, notícia publicada no sítio eletrônico “Comprasnet” (2006) do governo federal, informa que

uma pesquisa mostra que metade das empresas que já participaram de alguma licitação foi pressionada a pagar propina e combinar preços antes de entregar sua proposta oficial ao governo. Os acordos fechados por baixo do pano sugam dos cofres públicos 25% a mais do que o preço de mercado.

Visando dar um freio nesse quadro de corrupção, o governo federal, editou o Decreto 5.450, de 31 de maio de 2005, obrigando a Administração Pública Federal a adotar nas licitações para bens e serviços comuns, a modalidade pregão e, preferencialmente, na sua forma eletrônica.

O pregão eletrônico funciona como o pregão presencial, sendo que todos seus atos são feitos pela internet, onde os acessos são dados aos licitantes cadastrados, que recebem uma senha, sem se conhecerem entre si. A possibilidade de oferecimento de lances se dá em data e horário previamente estabelecidos, por um período de tempo que é aleatório, (tem data e horário previamente estabelecidos) desconhecido tanto do licitante como do pregoeiro.

Encerrado esse tempo, terá a si adjudicado o objeto da licitação a empresa que, neste momento, detiver o menor preço, desde que apresente, em seguida, os documentos necessários à habilitação, logo em seguida, por fax, e posteriormente, cópia autenticada. O encerramento do tempo aleatório é automático, comandado por um sistema de informática.

Como visto, a adoção dessa modalidade possibilita maior transparência ao processo licitatório, visto que impossibilita o contato entre os concorrentes e, conseqüentemente, o conluio entre eles. Além disso, é célere e coloca à disposição do cidadão, a possibilidade de acompanhamento e controle de todas as compras públicas.

Ademais, possibilita o aumento da concorrência e prima pela democracia na escolha pública, visto que, onde quer que estejam sediados os licitantes, sejam elas grandes, médias, micros ou pequenas empresas, poderão participar do processo sem precisar enviar preposto para, presencialmente, oferecer lances, já que pode fazê-lo via internet.

Como conseqüência, os primeiros anos de uso da modalidade eletrônica já possibilitaram grandes economias aos cofres públicos e sua aceitabilidade é notória. De acordo com dados do governo federal, publicado no artigo intitulado “O mouse contra os ratos - o governo acerta ao exigir o pregão eletrônico nas compras públicas”, a utilização do pregão eletrônico tem propiciado a esta esfera de governo, uma economia da ordem de 20% a 30%.

Em setembro de 2006 as compras por essa modalidade de licitação já representavam 47,3% das compras públicas, que equivalia a um montante de R\$ 2,6 bilhões. A economia apurada entre janeiro e julho de 2006 foi da ordem de R\$ 637,8 milhões (COMPRASNET, 2006).

Essa forma de contratação já vinha sendo utilizada por outros países como México, Estados Unidos, Chile, Coréia do Sul, França e Austrália, que além de ganharem na economia, possuem baixos índices de corrupção nas contratações públicas. Em se tratando de estados da federação, São Paulo, Minas Gerais e outros já a utilizam com grande sucesso e economia.

O sucesso nos resultados e transparência dessa forma de contratar tem se mostrado tão grande, que o governo já estuda a possibilidade de abrir à participação nos pregões para empresas internacionais (COMPRASNET, 2006). Isso deixa claro, que os objetivos da licitação é selecionar a melhor proposta, mostrando-se moralmente incorreto fazer reserva de mercado a determinados tipos de entidades (sociedades mercantis em detrimento das cooperativas).

No atual estágio de desenvolvimento comercial do mundo, grandes são as resistências à imposição de barreiras comerciais, apregoando-se plena liberdade nessas transações. Como uma entidade empreendedora e participante desse comércio, as cooperativas também têm participado das licitações em todo Brasil, inclusive nos pregões,

embora enfrente grandes resistências e restrições, notadamente as cooperativas de trabalho. O aprofundamento desse assunto dar-se-á, todavia, no Capítulo Terceiro.

Antes disso, porém, na próxima subseção, serão verificados quais são os casos impeditivos da participação nos processos licitatórios previstos na legislação.

Subseção IV - Vedações legais

Prevendo, ainda, situações em que pudesse haver favorecimentos e afronta aos princípios da isonomia e da moralidade, a Lei 8.666/93 procurou garantir o interesse público, vedando a participação nos processos licitatórios, de pessoas físicas ou jurídicas que nas mesmas se enquadrassem.

Dessa forma, a Lei prescreve no seu artigo 9º, um rol taxativo de situações que, se verificadas no processo licitatório, poderiam por em risco a competitividade do certame e, conseqüentemente, causar prejuízos ao erário. A esse propósito é bom lembrar que, tanto a doutrina como a jurisprudência têm se mantido firme no entendimento de que, em se tratando de restrição a direitos (regra de proibição), a interpretação de dispositivo de lei deve ser restritiva.

Destarte, esse rol de impedimentos à participação nos processos licitatórios não pode ser ampliado, exceto por um formal processo legislativo, sob pena de afronta à Constituição Republicana. Diante disso, o rol de proibição, constante do artigo 9º da Lei 8.666/93, somente comporta a interpretação de ser exaustivo, não podendo haver a ampliação das situações de proibições, premida que está pelo rol expressamente previsto no dispositivo.

Tal consideração mostra-se de fundamental importância na presente dissertação, visto que muitas decisões que enfrentam o tema “participação de cooperativas em licitação”, estão escoradas nos fundamentos do Acordo Judicial firmado entre o Ministério Público do Trabalho e a União. O aprofundamento desse tema, porém, receberá seu adequado tratamento no Terceiro Capítulo.

Por ora, discorrer-se-á sobre as situações em que o art. 9º da Lei 8.666/93 determina o impedimento de participação no certame, consistente, de acordo com o magistério de Justen Filho (2005, p.120), em afastar aquele que “por vínculos pessoais com a situação concreta, poderia obter benefício especial e incompatível com o princípio da isonomia”.

Prescreve o dispositivo de lei em estudo, que não poderá participar, (ainda que indiretamente), tanto da licitação como da execução de obras ou serviços e do fornecimento

de bens a ele necessários: o autor do projeto, básico ou executivo, pessoa física ou jurídica; empresa, isoladamente ou em consórcio, responsável pela elaboração do projeto básico ou executivo, ou da qual o autor do projeto seja dirigente, gerente, acionista ou detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital com direito a voto ou controlador, responsável técnico ou subcontratado, e; servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação.

Evidente que o objetivo da norma é precaver o interesse coletivo para que não haja nenhum desvirtuamento quanto ao perseguido com a promoção do processo licitatório. Assim, não seria crível admitir que o próprio autor do projeto pudesse executar a obra ou serviços ou fornecer bens, evitando-se, desta forma, qualquer desperdício, ou utilização de produtos inadequados a sua finalidade, por exemplo.

No tangente à proibição ao servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante responsável pela licitação de participar do processo, está a lei procurando evitar a imoralidade e a improbidade administrativa. Nesse sentido, reporta-se ao estudo dos princípios inerentes à Administração Pública e ao processo licitatório (na subseção II deste Capítulo Segundo), dentre os quais se posta como pressuposto necessário das ações da primeira e de validade do segundo, a obediência às regras de boa conduta, de boa administração, da boa-fé, etc. Ou seja, a submissão ao princípio da moralidade administrativa.

São esses os casos de impedimento de participação nas licitações públicas. Prestigiando o princípio da concorrência, a lei licitatória permite a participação da quase totalidade de interessados. As vedações são apenas aquelas que, de fato, possam colocar em risco o interesse público.

Não se pense, todavia, que a permissão de ampla participação de interessados ao certame, possa colocar em risco a submissão a outros princípios basilares da Administração Pública e da licitação, como o princípio da eficiência. É que a própria Constituição Federal (art. 37, XXI)⁴³ e a lei 8.666/93 (arts. 27 à 31)⁴⁴ que estabelecem os critérios que devem ser preenchidos pelos licitantes, e observados no julgamento das propostas.

⁴³ Já referido no começo da sessão I.

⁴⁴ “Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:

- I - habilitação jurídica;
- II - qualificação técnica;
- III - qualificação econômico-financeira;
- IV - regularidade fiscal.”

Nos artigos 28 à 31, vem expresso como se dará cada uma dessas comprovações documental:

Para habilitação jurídica, deve o licitante apresentar o registro comercial, no caso de empresa individual; ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor, devidamente registrado, em se tratando de sociedades comerciais, e no caso de sociedade por ações, acompanhamento de documentos de eleição de seus

O preenchimento dos requisitos estabelecidos nos citados artigos da Constituição e da Lei 8.666/93, asseguram, a observância aos princípios inerentes ao instituto licitação, sem ferir o direito que detém o interessado de contratar com a Administração pública.

Deve ser ressaltada, ao final desta subseção, a ausência de qualquer impedimento à participação das sociedades cooperativas no certame, não dispendo a lei sobre essa temática. Não se poderia tratar a referida ausência como uma lacuna legislativa, tendo em vista que o objetivo da licitação é selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração.

Sendo assim, e havendo previsão constitucional e legal para a existência das sociedades cooperativas, bem como sua atuação no mercado, a sua participação no certame não está no rol dos restritos. Nesse sentido, merecem destaque as disposições constitucionais que prevêm o estímulo ao cooperativismo e a outras formas de associativismo (art. 174, § 2º), além da preocupação do legislador constitucional em propagar o espírito e o ideal cooperativo, notadamente nos arts. 3º, I; 146, III “c”; 174, 3º, e 4º; 192.

Em que pese a legalidade da existência e atuação das cooperativas de trabalho, as fundamentações jurídicas para a exclusão das cooperativas do certame, vão desde à ofensa aos princípios da isonomia (concorrência desleal) ao descumprimento das normas trabalhistas. Nesse último caso, em franca demonstração de desconhecimento da essência sócio-jurídica do Cooperativismo.

Registre-se, ainda, que as decisões verificadas no Poder Judiciário, onde são contestadas a participação cooperativa nos certames públicos, envolvem, em sua quase totalidade, as cooperativas de trabalho na forma de prestação de serviços. Ou seja, a

administradores; inscrição do ato constitutivo, no caso de sociedades civis, acompanhada de prova de diretoria em exercício; decreto de autorização, em se tratando de empresa ou sociedade estrangeira em funcionamento no País, e ato de registro ou autorização para funcionamento expedido pelo órgão competente quando a atividade assim o exigir.

Para comprovar a qualificação técnica, Certidões de Registro junto ao respectivo Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia, comprovação de aptidão que demonstre sua capacitação técnica, indicação através de relação explícita emitida pelo proponente, relativo às instalações, equipamento e pessoal técnico adequados e disponíveis, até nível de encarregado, para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos.

Para comprovar a qualificação econômico-financeira, Certidão Negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede de pessoas jurídicas, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio das Pessoas físicas; as certidões negativas da receita federal.

Certidão Negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede de pessoas jurídicas, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio das Pessoas físicas; as certidões negativas da receita federal.

Para comprovar regularidade fiscal era necessário possuir inscrição no Cadastro Geral de Contribuinte, ou documento que o substitua CNPJ; prova de inscrição no cadastro de Contribuintes estadual ou municipal, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual ou alvará de localização; prova de regularidade para com a Fazenda Federal (certidões expedidas pela Secretaria da Receita Federal e Procuradoria da Fazenda Nacional, Certidão Negativa Municipal, prova de regularidade relativa à Seguridade Social).

participação de cooperativas nas licitações tem sido questionada quando a Administração está terceirizando serviços.

Diante disso, cabe analisar na próxima seção, em quais tipos de atividades é lícita a terceirização de serviços pelo Estado, tendo-se em conta, num primeiro momento, a necessidade de submissão ao princípio do concurso público. A Administração terá que levar em conta, ainda, a responsabilização subsidiária decorrente dessa escolha, em vista dos entendimentos esposados pelos Tribunais do Trabalho. A vinculação, tanto ao regime jurídico administrativo, quanto às normas das leis trabalhistas, induz à análise do entendimento dos tribunais sobre a responsabilidade da administração pública, quando constatado a contratação de uma falsa cooperativa, o que será visto ao final da seção.

Seção II – A terceirização na Administração Pública

Os serviços públicos são denominados pela doutrina de serviços privativos, visto que somente podem ser realizados por entes estatais de forma direta – que ocorre por órgãos e servidores concursados (estatutários e empregados públicos) - ou indiretamente, mediante concessão, permissão, autorização e de contratos de prestação de serviços, nos termos do artigo 175 da Constituição Republicana.

É a forma indireta que interessa para a presente seção. Deve-se destacar, ainda, que não é o objeto do presente estudo as contratações indiretas realizadas mediante contratos de concessão, permissão ou autorização de uso. A pesquisa está pautada na possibilidade de celebração de contratos administrativos para prestação de serviços públicos por cooperativas de trabalho, precedidos de adequado processo licitatório.

Nesse sentido, cabe destacar que a Administração Pública cada vez mais realiza atividades de forma indireta, terceirizando-as por meio de contratos de prestação de serviços.

Tecendo suas considerações críticas sobre a fuga da Administração Pública para o direito privado, Estorninho (1996) constata que a crise do Estado Social fez aumentar o movimento de privatização da administração Pública. Para a crise social aponta-se, além do alargamento das atividades estatais, a ineficiência e o aumento da burocracia. Para fazer frente a essas demandas, tornou-se necessário maiores contribuições pelo cidadão (impostos) que, junto com os casos de corrupção, trouxeram insatisfação social contra o poder público.

Começa-se, então, a repensar a dimensão da máquina administrativa. Por conta disso a Administração tem procurado reencontrar a eficiência através de fenômenos como a privatização e de revalorização da sociedade civil (ESTORNINHO, 1996).⁴⁵

Nesse sentido, cabe deixar registrada a noção existente no Direito Administrativo da substituição do Estado Social que passa, não por um Estado Mínimo, mas por um Estado subsidiário. Por princípio da subsidiariedade, Bidart Campos, citado por Baracho (2000, p.47), entende tratar-se de “princípio de justiça, de liberdade, de pluralismo e de distribuição de competência, através do qual o Estado não deve assumir por si as atividades que a iniciativa privada e grupos podem desenvolver por eles próprios, devendo auxiliá-los, estimulá-los e promovê-los”.

Assim, é possível perceber que no campo dos serviços o Estado passa da antes tímida inserção de um pequeno elenco em que se incluíam vigilância, limpeza, conservação e transportes à utilização com maior desenvoltura da terceirização, para contratar especialistas, executar projetos e desenvolver tarefas acessórias (SARATT; et al, 2000).

Em sede jurídica, o termo terceirização é próprio do âmbito do Direito do Trabalho, que há muito vem debatendo e firmando entendimento sobre o assunto.

Para o ramo do direito citado, portanto, “terceirização é a contratação, por determinada empresa (o tomador de serviço), do trabalho de terceiros para o desempenho de atividade-meio. Ela pode assumir diferentes formas como empreitada, locação de serviços, fornecimento, etc”, nas palavras de Di Pietro (2005, p.303).

É possível identificar em alguns doutrinadores o entusiasmo com o tema terceirização, seja no âmbito privado ou público. Nesse sentido, Bittencourt (2001a, p.71): “O princípio da terceirização é muito simples e de fácil compreensão: o serviço que não se constitui como atividade essencial é confiado a terceiros, centrando-se forças na atividade-fim”. Para doutrinadores dessa linha, a terceirização é uma forma do Poder Público alcançar a eficiência reclamada pelo princípio de idêntico nome disposto no *caput* do artigo 37 da Constituição Republicana.

Essa forma de contratação indireta vem prescrita na Lei 8.666/93, nos artigos 6º e 10, e está dividida em quatro tipos: empreitada por preço global; empreitada por preço unitário; tarefa; e, empreitada integral.

A execução indireta de serviços públicos está sujeita ao regime jurídico administrativo, com a celebração do competente contrato administrativo, precedido de

⁴⁵ Idem.

adequado processo licitatório. Nesse sentido, Bacellar Filho (2005, p.154) sustenta que “A outorga a particulares do exercício de serviços públicos não produz modificação no regime jurídico que preside a sua prestação. Não importa transformação do serviço em privado”. E citando Gordilho (1998), destaca que nela há uma relação jurídica de colaboração: “o contrato de concessão é um contrato administrativo de colaboração, porque seu objeto é a realização, pelo concessionário, de uma atividade que se relaciona diretamente ao interesse público” (apud BACELLAR FILHO, 2005, p.154).

Apesar deste fato, quando se discute terceirização na Administração Pública, é possível notar o imbricamento de normas do Direito do Trabalho sobre essa relação, notadamente quando está em causa o desrespeito aos direitos sociais do trabalhador da empresa prestadora de serviço.

Desta forma, cabe discorrer sobre os limites estabelecidos pela justiça do trabalho para as terceirizações. Enfrentando o tema há mais tempo, ainda na década de 80 o Tribunal Superior do Trabalho firmou o entendimento que só é possível a terceirização de atividade-meio da tomadora de serviço. Isso porque, esse tipo de relação contratual é visto como uma espécie de *merchandage*, onde o objeto é o próprio trabalho humano.

Ou seja, a justiça trabalhista veda toda a sorte de intermediação de mão-de-obra, posto que, caso fosse lícita esse tipo de relação, haveria um retrocesso e degradação das condições de trabalho, com reflexos sociais negativos. Ela é moral e eticamente inaceitável no nível de civilização vivenciada pela humanidade na contemporaneidade.

Inicialmente a vedação do Tribunal Superior do Trabalho veio expressa por meio da Súmula 256, de setembro de 1986, o qual textualmente expressava que:

Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nºs 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.

Com o passar dos anos, porém, houve uma evolução no entendimento jurisprudencial, passando o referido tribunal trabalhar com dois conceitos: a terceirização permitida, portanto, lícita, e a não permitida por ilícita. Assim, firmou-se novo entendimento esposado por meio da atual Súmula 331 do TST, que dispõe:

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993).

Com o novo entendimento, passa-se a admitir uma ampliação nas possibilidades de terceirização: os “serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta”. Observe-se que nada muda em relação à intermediação de mão-de-obra por meio de empresa interposta: continua sendo ilícita.

A Súmula excetuou, expressamente, ainda, no item segundo, a Administração Pública direta, indireta ou fundacional, da possibilidade de geração de vínculo trabalhista decorrente da contratação irregular de trabalhador. Mas, no quarto item do Enunciado, o Tribunal previu expressamente a responsabilização subsidiária da Administração Pública pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador contratado.

Esses dois últimos aspectos citados serão analisados, reflexamente, nas próximas duas subseções, respectivamente. Reflexamente, porque serão estudados, antes mesmo que pela ótica dos trabalhistas, pela ótica dos administrativistas e seus compromissos com o regime jurídico administrativo, sem perder de vista, no entanto, a sujeição às decisões normativas da Justiça do Trabalho.

Assim, será visto, inicialmente, as vedações à terceirização na Administração Pública impostas pelo princípio do concurso público e posteriormente, será analisada a responsabilidade subsidiária por créditos trabalhistas e fiscais do ente público licitante, bem como a responsabilização quando se trata de cooperativas.

Subseção I – Limites impostos à terceirização na Administração Pública pelo Princípio do Concurso Público

Uma das sujeições impostas à Administração Pública pelo regime jurídico administrativo é a obediência ao princípio da legalidade. Diante disso, e verificado que existe dispositivo constitucional (artigo 37, II) estabelecendo que “a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, (...)”, os órgãos e entidades estatais somente podem contratar trabalhadores por meio do concurso público.⁴⁶

Diante dessa regra constitucional, cabe verificar a licitude da terceirização na Administração, sem que haja ofensa ao dispositivo citado. Nesse sentido, observa-se que há previsão constitucional de celebração de contratos com terceiros para realização de obras, serviços e fornecimentos de bens e produtos, mediante licitação, conforme analisado no início deste capítulo.

Ou seja, pode haver execução indireta de serviços pelo Estado, mediante a celebração de contrato administrativo com empresa prestadora de serviço, precedida de processo licitatório adequado, ressalvados os casos de dispensa e inexigibilidade de licitação previstos na Lei 8.666/93. Note-se que o Estado está a contratar serviços, e não trabalhadores.

Nesse sentido, Di Pietro (2005, p.306) assevera que:

O que a Administração Pública pode fazer, licitamente, é celebrar contratos de empreitada, seja para realização de obra pública (conforme definida no artigo 6º, I, da Lei 8.666), seja para prestação de serviço (tal como conceituado nos artigos 6º, II, e 13 da mesma lei). Nesses tipos de contratos a empresa é que é contratada e o vínculo contratual se forma com ela e não com seus empregados.

Todavia, não pode haver a terceirização de todo e qualquer serviço. Aqui cabe verificar que o entendimento sustentado pela Justiça do Trabalho encontra equivalência no Direito Administrativo, visto que só é permitida a terceirização de atividade-meio. Nesse sentido, Villela Souto (1998a, p.97) sustenta que:

⁴⁶ Como não poderia deixar de ser, a própria Constituição prevê exceção à regra do concurso público, conforme estabelece o inciso IX do artigo 37: “a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público”.

Quando não existem cargos ou empregos públicos criados, há possibilidade de obtenção desses serviços por meio da contratação da empresa ou de um prestador de serviço. Nos termos da Lei Maior, a opção do administrador público tem natureza discricionária, à luz, mais uma vez, do princípio da economicidade. Ao administrador público cabe decidir se seleciona a pessoa do prestador do serviço, mediante concurso público, ou se contrata uma empresa prestadora de serviço público por licitação. Ambos privilegiam o mérito, a competição, a igualdade e a publicidade. Trata-se, portanto, de opção discricionária.

Destarte, não pode a Administração Pública, contratar trabalhador com intermediação de empresa de prestação de serviços a terceiros, porque nesse caso o contrato assume a forma de fornecimento de mão-de-obra, havendo verdadeira burla à exigência de concurso público (DI PIETRO, 2005).

De forma conclusiva, Di Pietro explica que nesses casos os trabalhadores não são considerados servidores públicos, sendo apenas “funcionário de fato”, não podendo praticar atos administrativos, pois os mesmos não poderiam produzir efeitos jurídicos. Além disso, esses trabalhadores não estão enquadrados na exceção prevista no inciso IX⁴⁷ do artigo 37 da Constituição (necessidade temporária), que também exige processo seletivo.

Saliente-se que o entendimento doutrinário está respaldado na jurisprudência do Tribunal de Contas da União, o qual culminou com a edição do Decreto do Executivo nº 2.271, de 07 de julho de 1997, e que prevê, no artigo 1º, a execução indireta pela Administração Pública de “atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade”.

Recomenda, ainda, o § 1º do artigo citado, que as “as atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações”, sejam, de preferência, objeto de execução indireta.

De grande interesse para esta seção, é o disposto no § 2º do Decreto citado, o qual veda expressamente a terceirização de atividades “inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal”. Não há, portanto, no tangente à esfera pública federal, a possibilidade de terceirização de “serviços especializados, ligados a atividade-meio do tomador”, se os

⁴⁷ Esse dispositivo somente permite a contratação de servidor pessoa física, e não empresa, nas palavras de Maria Sylvia Zanella de Pietro.

mesmos fizerem parte de um plano de cargos do órgão ou da entidade, mesmo que inexistente a personalidade e a subordinação direta”, dispostas no item terceiro da Súmula 331.

Somente podem ser terceirizados, portanto, o trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974), os serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza e serviços especializados, ligados à atividade-meio da Administração Pública, desde que inexistente a personalidade e a subordinação direta⁴⁸. Destaque-se, porém, que nesse caso os serviços não podem fazer parte do plano de cargos da Administração Pública.

Observa-se, assim, que há uma correlação lógica entre o disposto no art. 37, II da Constituição Federal, com o entendimento disposto na Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho. Com o primeiro, porque o artigo citado inadmitte contratação de trabalhadores pela Administração Pública sem concurso público. Com o segundo, porque o TST só admite terceirização de atividade-meio, salientando que a Súmula em análise prevê a impossibilidade de geração de vínculo empregatício pela contratação irregular de trabalhadores, tendo-se em conta o princípio do concurso público.

Em síntese, os limites impostos pelo princípio do concurso público para a Administração Pública terceirizar serviços são: a impossibilidade de execução indireta de serviços das atividades-fins, sendo estas, todas as inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade da Administração.

Inobstante, havendo a terceirização de serviços pela Administração, mesmo que lícita, ela não está isenta de responsabilização, como prevê o artigo 71 da Lei 8.666/93. É sobre essa assertiva que se discorrerá na próxima subseção, tema que se revela importante na divergência envolvendo o objeto da presente pesquisa.

⁴⁸ A “subordinação” pressupõe que o empregado está sujeito, durante à prestação de seus serviços à controle, fiscalização e disciplina impostos pelo empregador; a “personalidade”, por sua vez, diz que o contrato de trabalho é *intuitu personae*, ou seja, deve ser realizado por um pessoa determinada, não podendo o mesmo fazer-se substituir por outra.

Subseção II – Responsabilidade subsidiária de órgãos e entidades públicas licitantes por créditos trabalhistas decorrentes da inadimplência do contratado

A execução indireta de serviços pelo Estado, por meio da celebração de contrato de prestação de serviços (terceirização), conforme se discorreu na subseção anterior, pode resultar em implicações jurídicas para órgãos e entidades do Poder Público, no tangente à responsabilização.

Deve ser observado, de antemão, que o *caput* do artigo 71 da lei 8.666/93, prevê a responsabilidade exclusiva da empresa prestadora de serviços contratada pela administração pública, pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato celebrado.

Note-se que está em causa, na presente subseção, a responsabilidade por créditos trabalhistas decorrentes do inadimplemento do contratado. Nesse caso, a previsão legal vem estabelecida no parágrafo 1º do citado artigo 71, que preceitua:

A inadimplência do contratado, com referência aos encargos estabelecidos neste artigo (no *caput*), não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.

Do cotejo entre esse dispositivo legal e o preceituado na Súmula 331 do TST, nota-se um descompasso entre ambos. É que o item quarto da referida Súmula dispõe que:

O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista (...).

Recordando que, juridicamente, a terceirização somente é permitida para atividade-meio da empresa tomadora do serviço, sendo que tal regra também se aplica ao Poder Público, pressupõe-se, que a Administração Pública somente celebre contratos administrativos com empresas prestadoras de serviços para execução dessas atividades. Nesse sentido, não é demais relembrar o princípio da legalidade que impõe ao administrador público a fazer somente o disposto em lei.

Sendo assim, caso haja a terceirização de atividade-fim do órgão ou entidade público licitante, estar-se-ia diante de uma ilegalidade, sujeitando-se o Agente Público responsável pela contratação a responder, civil, administrativa e criminalmente. Neste último caso, o gestor público seria responsabilizado, também pelos crimes previstos na Lei de Improbidade Administrativa.

Outra consequência daí advinda, de acordo com a Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, é a responsabilização subsidiária do órgão ou entidade licitante pelo inadimplemento da empresa contratada quanto aos encargos trabalhistas da relação contratual “desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial”.

Outrossim, a terceirização de atividades-fim ensejaria a responsabilização da Administração, posto ser ela inadmitida no mundo jurídico, tanto pelo Direito Administrativo (artigo 37, II da C.R. e artigo 1º do Decreto 2.271/97), quanto pelo Direito do Trabalho (Súmula 331 do TST). Quanto a esse aspecto, há unanimidade na doutrina.

Mas é a ocorrência da chamada terceirização lícita (de atividades-meio) pela Administração que tem causado divergências. É que, havendo o inadimplemento por parte da empresa prestadora do serviço, questiona-se a possibilidade de responsabilização do Poder Público pelas obrigações daí decorrentes, tendo-se em conta o disposto no artigo 71 da lei 8.666/93.

Ao analisar a questão, Di Pietro (2005, p.306) sustenta:

Aparentemente, existe um conflito entre o item 4 do Enunciado (331 do TST) e o § 1º do artigo 71 da Lei 8.666. No entanto, a análise sistemática permite afastar esse conflito, tendo em vista que o Enunciado refere-se ao fornecimento de mão-de-obra (que é ilegal), enquanto o artigo 71 só pode estar abrangendo os contratos regidos pela Lei 8.666, dentre os quais não se infere o de fornecimento de mão-de-obra. Nem poderia o Enunciado sobrepor-se ao disposto em lei, a menos que essa fosse considerada inconstitucional por interpretação judicial.

Todavia esse entendimento não tem ressoado nas decisões da Justiça do Trabalho. As cortes trabalhistas têm, reiteradas vezes, reconhecido a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, pautando os seus fundamentos em princípios inerentes ao Direito do Trabalho, notadamente o da norma mais favorável ao trabalhador, observando, ainda, a regra da responsabilidade objetiva da Administração pela prática de ato ilícito, conforme disposto no § 6º do artigo 37 da Constituição Republicana.

No sentido da ilicitude, sustentam os julgadores, que a Administração dispõe de instrumentos legais para se precaver dessa responsabilidade, desde o processo licitatório (*culpa in eligendo*) e, caso os exercite adequadamente, não haverá inadimplemento do prestador de serviços. Se assim não o faz, age com *culpa in vigilando*. É o que salienta Fleury (2000):

Observa-se, pois, que a mesma norma que veda a transferência de responsabilidade ao Estado pelo inadimplemento dos encargos trabalhistas, exige, de outra sorte, que o administrador público responsável eleja a melhor proposta e acompanhe a fiel execução do ajuste. O cumprimento dessas premissas certamente impossibilitará a responsabilização subsidiária da Administração, de que ora se cogita, por ausência de danos. Tendo o agente público o cuidado de contratar uma empresa juridicamente habilitada, tecnicamente capaz, econômica e financeiramente sólida, que forneça, inclusive, garantias reais, não apenas para participar do certame, como para firmar o contrato, válidas por toda sua vigência (Lei 8.666/93, arts. 31, III, 55, VI, 56 e §§), que esteja regular com suas obrigações previdenciárias e fiscais, e que tenha apresentado uma proposta compatível com o compromisso assumido, basta, a partir do contrato, acompanhar passo a passo a execução do ajuste e o cumprimento das obrigações junto aos obreiros, para se afastar definitivamente o risco de ter o dever de indenizar. As garantias reais têm, inclusive, esta finalidade.

E para fundamentar a responsabilidade subsidiária no dever de indenizar disposto no § 6º do artigo 37 da Constituição Republicana, conclui o mesmo autor:

Indene de dúvidas, portanto, que salvo a hipótese de comprovada fraude documental, dispõe a Administração de todos os elementos jurídicos suficientes a garantir a execução plena do contrato administrativo de terceirização lícita de serviços especializados, razão pela qual eventual inadimplemento de obrigações trabalhistas por parte da contratada frente aos empregados, certamente contou com a conivência, ainda que sem culpa ou dolo, dos agentes públicos responsáveis, tanto na escolha da prestadora, donde decorreria a culpa *in eligendo* por parte da Administração, quanto na falta ou insuficiência de acompanhamento da execução do contrato, o que materializaria a culpa *in vigilando*. E nesta circunstância, o dever de indenizar do Estado decorre da previsão constante do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, que por força do princípio da hierarquia das leis sobrepõe-se à vedação de que trata o § 1º, do art. 71, da Lei 8.666/93.

Assim, apesar de não haver o reconhecimento de vínculo empregatício com o órgão/entidade público licitante, por absoluta impropriedade, em vista do princípio do concurso público, no âmbito da Justiça do Trabalho a responsabilidade subsidiária não tem sido afastada como determina o artigo 71 da Lei 8.666/93.

Quando a contratada é uma sociedade cooperativa, essa responsabilização pode ter maior extensão, conforme se discorrerá a seguir.

Subseção III - A responsabilidade subsidiária da Administração Pública na constatação de fraude num contrato com cooperativa

Conforme já analisado anteriormente, a Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, em que pese a disposição contrária constante no artigo 71 da Lei 8.666/93, impõe a responsabilização subsidiária da Administração Pública quando verificado o inadimplemento decorrente da relação de emprego.

Diante das inúmeras denúncias e ações que desaguaram na Justiça do Trabalho, após o advento da Lei 8.949/94 referentes às empresas, transvestidas de Cooperativas - fraudadoras da legislação trabalhista (as “cooperatas” ou “cooperativas de ocasião”), preferiu a União celebrar o Acordo com o Ministério Público do Trabalho, vedando a contratação de cooperativas no âmbito público federal, a correr o risco de ter que arcar com tal passivo trabalhista daí recorrente.

É que, caso a administração Pública, ao terceirizar serviços, contrate uma empresa mercantil transvestida de cooperativa e, verificada a fraude, a Justiça do Trabalho poderá reconhecer o vínculo de emprego de cooperados com a falsa cooperativa. Como de regra, as mesmas são inadimplentes, por não possuírem recursos e patrimônios, poderá recair tal responsabilização, diretamente sobre o Poder Público.

Nesses casos, como visto, o risco da contratação demonstra ser maior com falsas cooperativas, que com sociedades mercantis idôneas. Daí o porquê de tanta precaução em torno das cooperativas na terceirização com o Poder Público, situação que terá seu apogeu na celebração de Acordo entre o Ministério Público do Trabalho e a União, restringindo a participação de cooperativas nos certames públicos, objeto de estudo no próximo capítulo.

A referida precaução poderia parecer justa, numa avaliação preliminar. Ela é injusta, entretanto, em relação às cooperativas genuínas, que agrupam, ou podem vir a agrupar, trabalhadores autônomos, desempregados e informais, que hoje representam um número significativo de cidadãos⁴⁹.

⁴⁹ De acordo com José Pastore, “Dos 78 milhões de brasileiros que trabalham, 48,5 estão na informalidade. Mais de 60% dos brasileiros estão desprotegidos por não terem nenhum vínculo com a Previdência Social” (PASTORE, 2006, p. 125).

Além disso, a discussão em torno da responsabilidade subsidiária da Administração Pública ocorre em relação a quaisquer prestadores de serviço. Caso haja dissídia do administrador público em relação às sociedades mercantis, quanto ao inadimplemento de obrigações fiscais ou trabalhistas, aí também haverá a responsabilização subsidiária do Poder Público, conforme entendimento da Súmula 331 do TST.

Isso porque, não há fraude apenas nas cooperativas de trabalho. Os riscos de responsabilização ocorrem, então, não apenas nos casos em que a Administração contrata cooperativas que ajam de forma fraudulenta, mas também no caso de empresas mercantis que desrespeitem normas do trabalho e fiscais.

Sendo assim, a precaução da Administração Pública deve ser em relação a toda e qualquer contratação, sejam elas sociedades cooperativas de trabalho ou mercantis. O que não pode haver é dissídia do administrador público na fiscalização da contratação, seja no momento da licitação (culpa *in eligendo*), seja na gestão da execução do contrato (culpa *in vigilando*).

Não é assim que tem se postado a jurisprudência pátria, que mais das vezes tem se escudado no aumento do risco na contratação de cooperativas, em vista das fraudes, para fundamentar uma das principais correntes de decisões judiciais impeditivas à participação de cooperativas de trabalho nas licitações públicas: os fundamentos do Termo de Conciliação firmado entre o Ministério Público do Trabalho e a União.

A outra importante corrente impeditiva à participação das cooperativas de trabalho nas licitações está fundamentada na ofensa ao princípio da isonomia. Ambos os entendimentos serão objetos de estudos no capítulo final desta dissertação, onde, após o delineamento, nos dois primeiros capítulos, de duas das vertentes jurídicas que envolvem o tema (as vertentes cooperativa e administrativa), espera-se obter maior compreensão da divergência jurídica que circunda a participação das cooperativas de trabalho nas licitações.

CAPÍTULO III - A PARTICIPAÇÃO DAS COOPERATIVAS DE TRABALHO - PRESTADORAS DE SERVIÇOS - NAS LICITAÇÕES PÚBLICAS NO BRASIL

Seção I – Delimitação do problema

São muitos os doutrinadores a defender a flexibilização das relações de trabalho no Brasil. As razões são muitas: desde a alegada sobrecarga de tributos e de benefícios (direito à férias de 30 dias, a final de semana remunerado, 13º salário, dentre outros) e até, pasme-se, “elevado” valor do salário mínimo que para alguns é um entrave para o investimento produtivo.

Seriam esses fatores responsáveis, em grande medida, pelo desemprego e pela informalidade verificadas no país nas últimas décadas. Nesse contexto e conforme demonstrado ao longo do primeiro capítulo desta dissertação, as cooperativas ocupam hoje, no Brasil, um importante papel. De acordo com alguns cálculos, elas congregam aproximadamente dez por cento da população brasileira.

Nesse grupo encontram-se as cooperativas de trabalho, que após a edição da Lei 8.949/94, vivenciou uma expansão sem precedentes, prenunciando a problemática enfrentada nesta dissertação, com o aparecimento das falsas cooperativas. No grupo das cooperativas, elas foram uma das que mais cresceram nos últimos anos⁵⁰.

Registre-se, porém, que esse crescimento não é privilégio apenas das cooperativas de trabalho. Têm experimentado, também, um grande impulso, as empresas mercantis prestadoras de serviços, também influenciadas pela necessidade de diminuição dos custos do trabalhador da empresa tomadora. É a chamada terceirização de serviços (específicos e especializados), que como já frisado, estão restritas às atividades-meio da empresa tomadora.

Como ficam as cooperativas de trabalho no seguimento da terceirização?

É da correlação entre o artigo 5º e 86 da Lei 5.764/71 que decorre a fundamentação para a existência jurídica das cooperativas de trabalho, decorrendo daí, também, a possibilidade das mesmas participarem de contratações oriundas da terceirização de serviços.

⁵⁰ Havia no país, até 31 de dezembro de 2005, quase duas mil delas, de acordo com dados da OCB - Organização das Cooperativas Brasileiras.

Nesse contexto, é possível identificar, no âmbito das Delegacias e Ministério Público do Trabalho, restrições a essa possibilidade, diante da corrente doutrinária que nega a possibilidade de haver cooperativas de trabalho que tenham como objeto, unicamente a prestação de serviços a terceiros.

Para essa corrente, haveria aí, na verdade, intermediação de mão-de-obra, conceituando tais cooperativas como “cooperativas de mão-de-obra”. As cooperativas de trabalho, propriamente ditas, seriam as cooperativas de serviços, detentoras dos meios de produção.⁵¹ Assim, de acordo com Krueger (2001):

O Ministério Público do Trabalho tem exigido a autonomia individual do cooperado. Isso significa dizer que o MPT nega a possibilidade de inserção de cooperativas de trabalho em processos de terceirização, pois não haveria, segundo o entendimento hegemônico naquela instituição, possibilidade legal da prestação de serviços organizados de forma hierárquica nem mesmo entre cooperados. Por isso, a cooperativa não poderia sequer supervisionar o trabalho de seu cooperado, sem a necessidade do reconhecimento do vínculo de emprego. Assim sendo, somente é admissível para o MPT a organização em cooperativas de profissionais liberais ou de trabalhadores para a prestação de serviços eventuais.

Entende-se que tal fundamento é retrógrado, posto que, na relação cooperativa não há de se falar de autonomia individual, mas sim coletiva. Nesse sentido, Mauad (2001, p.91):

Existe autonomia sim, mas é exercida pelo grupo e não individualmente, pois, do contrário, restaria autorizado a cada um dos membros da coletividade agir da forma que melhor lhe aprouvesse, colocando em risco, à evidência, os interesses de toda uma comunidade de pessoas que se empenha e deseja criar uma forma alternativa de produção de bens e elaboração de serviços que beneficie o maior número possível de trabalhadores, enquanto agrupamento de pessoas organizado e juridicamente reconhecido.

Isso é perfeitamente compreensível, na medida em que a cooperativa é constituída para prestar serviços aos seus associados, sendo que nas cooperativas de trabalhos prestadoras de serviços, isso se materializa na procura de serviços no mercado para serem desempenhados pelos cooperados. E o desenvolvimento dessas atividades se dará de forma autônoma, porém, subordinada a decisões coletivas.

⁵¹ Ver na seção I do Capítulo Primeiro, a classificação das sociedades cooperativas.

E para que isso seja possível, há a necessidade de estabelecimento de normas e regulamentos de conduta na prestação desses serviços, para o bom desempenho do mesmo pela cooperativa. Todavia, essa regulamentação deve ocorrer por meio de deliberação em assembleias gerais soberanas, a qual todos os cooperados se sujeitam (auto-gestão), não havendo hierarquia entre eles.

O Ministério do Trabalho, que supervisiona a fiscalização dos Fiscais do Trabalho tem posicionamento mais flexível, conforme a continuidade da explanação do último autor citado:

(...) o Ministério do Trabalho admite a hierarquização interna da cooperativa, desde que preservada a autonomia coletiva dos trabalhadores cooperados em relação ao tomador de serviços. Ou seja, o tomador deve preservar a autonomia diretiva, técnica e disciplinar da cooperativa em relação aos serviços prestados. Em uma palavra: o tomador não pode intervir na gestão dos serviços prestados, sob nenhuma hipótese ou condição.

O posicionamento do Ministério Público do Trabalho, portanto, não é unânime, havendo quem entenda de forma distinta, como sustenta Silva (2005, p.89):

[...] a cooperativa de mão-de-obra, quando inserida no processo de terceirização, na atividade-meio, em caráter permanente, deve absolutamente respeitar os princípios cooperativistas, ou seja, deve valorizar, mais que tudo, o elemento humano. Isso é plenamente justificável porque, se temos empresas que terceirizam mão-de-obra permanente, desde que na atividade-meio, especializada e sem subordinação ou pessoalidade, conforme permite o Enunciado 331 do Egrégio TST, não vemos motivos para não podermos ter cooperativas de mão-de-obra, desde que autênticas [...].

Deve ficar registrado, ainda, que no âmbito do Cooperativismo a conceituação do que veio a se denominar “cooperativa de mão-de-obra” sofre críticas e é repellido:

(...) há quem, sob a pecha de cooperativas de mão-de-obra, conceito jamais reconhecido pelo sistema cooperativo, tem jogado na vala comum todas as cooperativas de prestadores de serviços terceirizáveis organizados de forma hierárquica, ainda que preservada a autonomia diretiva, técnica e disciplinar em relação ao tomador de serviços. Basta que se observem horários, procedimentos e rotinas para a já banalizada acusação de fraude. Interpretam

a CLT para afastar as cooperativas das terceirizações consideradas lícitas mesmo com base no Enunciado TST 331 e no Decreto 2.271/97.⁵²

O que interessa por ora, no entanto, é demonstrar que, no âmbito do direito privado, na relação contratual entre empresas mercantis tomadoras e prestadoras de serviços, regidos pelo Direito Civil, há dificuldades em se admitir a participação das cooperativas de trabalho na terceirização de serviços. O que se repete nas contratações públicas.

Entende-se, correta, porém, a corrente doutrinária, que, em igualdade de tratamento com as sociedades empresárias prestadoras de serviços, admite e incentiva a participação das cooperativas de trabalho na terceirização, desde que satisfeitas as condições estabelecidas na legislação cooperativa.

Anote-se, desde logo, que apesar da necessidade de se imiscuir em rápidas pinceladas pelo Direito do Trabalho, é no Direito Administrativo que se encontra fundado o estudo, visto que, de regra, a terceirização no Poder Público ocorre via licitações públicas, sendo tema correlato a este último. Registre-se, ainda, que são das Justiças Federal e Comum, e não do Trabalho, a competência para processar e julgar as demandas que digam respeito às contratações públicas.

Frise-se, ao final, que a restrição apontada pelo entendimento da Justiça do Trabalho (adiante abordado) é a fundamentação mais utilizada pelos Tribunais, (sendo, inclusive, recentemente sustentado pelo Superior Tribunal de Justiça)⁵³. A ofensa ao princípio da isonomia, todavia, em vista das isenções tributárias que acolhem às cooperativas, também tem sido objeto de fundamentação para excluir as cooperativas de trabalho dos certames públicos.

Assim, a problemática será analisada nesta primeira seção em três subseções. Primeiramente fazendo um breve relato histórico do problema. Depois, abordando os aspectos jurídicos que envolvem a discussão referente as isenções tributárias das cooperativas de trabalho frente ao princípio da isonomia nas licitações públicas, ficando para a seção final a discussão trabalhista.

⁵² OCB – Organização das Cooperativas Brasileiras. Critérios para a identificação de cooperativa de trabalho. <http://www.portaldocooperativismo.org.br/sescoop/capacitacao/destaques/images/criterios_revisaofinal.doc>, acessado em 28 de Dez. de 2006.

⁵³ Ver subseção II, da seção II deste Capítulo.

Subseção I – Levantamento histórico do problema

A participação das cooperativas de trabalho nas licitações públicas é tema que já vem sendo abordado pela doutrina e pela jurisprudência já há alguns anos. A discussão veio a tona, inicialmente, com a posição do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, que no julgamento da Apelação Cível 161.534-2/00, datado de 01/06/2000, entendeu que as cooperativas não podem participar das licitações, por gozarem de benefícios que possibilitam o oferecimento de preços melhores, em detrimento dos demais licitantes.

Na mesma linha de raciocínio, foi o entendimento esposado pelo Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Da Consulta 439.155/97⁵⁴ extrai-se, que a utilização de cooperativa para contratação de mão-de-obra foge aos seus fins e contraria a legislação. Além disso, haveria a responsabilidade subsidiária do Estado, na eventual sonegação dos direitos trabalhistas e previdenciários, por conta da súmula nº 331 do TST.

Esses entendimentos tiveram grande aceitabilidade, mas não eram pacíficos na jurisprudência. O Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro admitiu a participação de cooperativas na contratação de serviços de segurança (SANTANA, 2001) e o Tribunal de Contas do Estado do Paraná, entendeu possível a participação das cooperativas nos certames públicos, desde que fossem adotados sistemas de equalização das propostas ofertadas entre estas e as sociedades mercantis.⁵⁵

O Tribunal de Contas da União, por sua vez, por meio da Tomada de Contas - TC 004.908/1995-3, não chegara a manifestar-se sobre o mérito da participação das cooperativas nas licitações. Todavia, não fechou as portas à participação.⁵⁶

Como demonstrado, existia grande divergência. Ainda assim, porém, por meio da tutela jurisdicional, era comum ver cooperativas de trabalho celebrando contrato administrativo com o Poder Público. Deve ser registrado, que mesmo após o advento do Enunciado 331 do Tribunal Superior do Trabalho, as contratações com cooperativas de trabalho continuaram. Foi com a celebração do Termo de Conciliação na Ação Civil Pública Nº 1082/02 da 20ª Vara do Trabalho do TRT da 10ª Região entre o MPU – Ministério Público

⁵⁴ MINAS GERAIS. Tribunal de Contas. Consulta n.º 439.155/97. Belo Horizonte, 1997. <<http://www.tce.mg.gov.br/Jurisprudencia/indexjurispru.htm> >

⁵⁵ Boletim de licitações e Contratos, maio de 1997, p. 452-454.

⁵⁶ Disponível em: <http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/ListaDocumentos?qn=5&p=0&di=1&dpp=20>, acessado em: 12 de jan. de 2007.

do Trabalho e União⁵⁷, do qual se extrai, expressamente, a vedação a participação de cooperativas de trabalho em licitações públicas no âmbito federal, que a corrente sustentada pelos doutrinadores trabalhistas passou a tomar corpo.

Mesmo após o Termo Conciliatório citado, o Tribunal de Contas da União, por meio do Acórdão 22/2003, decidiu pela possibilidade de participação das cooperativas de trabalho nas licitações, ressaltando a necessidade de equalização entre as propostas apresentadas por cooperativa e empresas mercantis.

Na doutrina administrativista, alguns importantes nomes já tinham se manifestado favoráveis às cooperativas. Nesse sentido é possível citar os escritos de Justen Filho (2000, p.316), para quem:

(...) é possível e viável a participação de cooperativa em licitação quando o objeto licitado se enquadra na atividade direta e específica para a qual a cooperativa foi constituída. Se, porém, a execução do objeto contratual escapar à dimensão do 'objeto social' da cooperativa ou caracterizar atividade especulativa, haverá atuação irregular da cooperativa. Será hipótese de sua inabilitação.

Igualmente, Pereira Júnior (2002, p.161) sustenta a possibilidade de participação de cooperativas nos certames públicas, ao afirmar que:

A Lei nº 8.666/93 é omissa quanto à participação de cooperativas em licitação. Fosse esse argumento relevante e dever-se-ia vedar a participação de cooperativas em licitações, tese que conhece adeptos. Há de ser recusada, porque não cabe à Administração negar às cooperativas o incentivo que a Constituição da República lhes assegura, encontrando-se, no art. 12, IV, da Lei nº 8.666/93, fundamento genérico para sua admissão aos certames.

Fazendo coro com essa corrente doutrinária, Bittencourt (2001, p.135), assim se posiciona:

Tendo em vista que as cooperativas são sociedades civis, dotadas de capacidade jurídica (sujeito de direito e obrigações) e aptas para exercer direitos e contrair obrigações, estão, conseqüentemente, aptas a participar de certames licitatórios, bem como a ser contratadas pela Administração Pública se sagrarem-se vencedoras dos certames.

A estes deve ser somada, ainda, a posição de Souto (2002, p.822), para quem:

⁵⁷ O Acordo será objeto de análise da última sessão deste capítulo.

Não existe nenhuma vedação. Ao contrário, expressa é a admissão de cooperativas quando desenvolvam atividades para terceiros não associados, como se vê no artigo 86 da citada Lei; as cooperativas poderão fornecer bens e serviços a não associados desde que tal faculdade atenda aos objetivos sociais e esteja em conformidade com a Lei.

Também escrevendo sobre o assunto, Rigolin (2002, p.25):

Este brevíssimo artigo visa apenas somar-se àqueles outros já escritos sobre o tema da participação das sociedades cooperativas em licitações, desde já informando que no sentido de que podem efetivamente participar, bem como, vencendo, ser contratadas como se foram qualquer outra espécie de empresa.

Santana (2001, p.336) também manifestou-se favorável:

Não obstante a diversidade de decisões quanto à matéria, quer-se aqui deixar seguro o entendimento de que a sociedade cooperativa não pode ser absolutamente alijada de procedimento licitatório, devendo ser avaliada sua habilitação e classificação de acordo com o raciocínio de ponderabilidade que também deverá relevar o interesse público traduzido no objeto da licitação.

Necessário trazer ainda, o posicionamento sustentado pelos doutrinadores que estudam o Direito Cooperativo, que, sem se descuidar de discutir o tema à luz de uma interpretação sistemática do direito, diuturnamente buscam encontrar guarida no Poder Judiciário para suas teses. Nesse sentido é possível citar a opinião do magistrado paulista, Becho (2001), que após tecer suas considerações a respeito do tema, conclui que “Diante desse quadro, consideramos que fica muito difícil afastar as cooperativas das licitações pelo só motivo de serem criadas com essa forma jurídica”.

Nesse grupo, inclui-se Teixeira Júnior e Ciotti (2003, p. 291-292), autores de várias obras sobre o Cooperativismo. Para eles:

As cooperativas, por terem forma própria de organização, não podem ficar alijadas da licitação. Ao contrário, devem concorrer como os outros participantes do certame, em igualdade de condições, porquanto a lei permite que todos, sem exceção, se submetam ao certame, desde que tenham sua habilitação deferida em critério objetivo traçado pelo Estatuto das Licitações.

Conforme se pode notar, nesse breve relato, muitos são os doutrinadores que se colocaram em favor da participação das cooperativas nas licitações. Há, entretanto, um grupo

de doutrinadores contrários à participação. Reis (2004), em monografia intitulada “A participação das cooperativas em licitações”, faz referência Juarez de Freitas e Luciano Ferraz como defensores dessa corrente.

De acordo com Reis (2004), Juarez de Freitas, entenderia que “as cooperativas não passam de um espectro, o que resultaria numa conclusão de que não gozam de uma titularidade formal necessária para figurarem num dos pólos de uma contratação, muito menos com a Administração Pública”.

Já Luciano Ferraz (2004), sustentaria que:

As cooperativas de serviços podem participar de licitações para colocar à disposição do Poder Público a mão-de-obra de seus associados? Não. De acordo com o art. 7º da Lei 5.764/71, as cooperativas singulares têm como característica a prestação de serviços diretamente aos seus associados, e não a terceiros. Infere-se daí que só podem visar ao interesse de seus partícipes, sendo-lhes vedado o objetivo de lucro, tal como preceitua o art. 3º da mesma lei. Destarte, a contratação dessas cooperativas fere, em primeiro plano, o princípio da legalidade. Não bastasse, as cooperativas gozam de determinados benefícios de natureza fiscal e social e, por isso, não têm condições de concorrer em igualdade com as demais sociedades comerciais inseridas no mercado. Sua participação no torneio fere os princípios da igualdade e da competitividade. Ademais, as cooperativas, pela sua própria característica, não atendem aos requisitos pertinentes à habilitação (v.g., regularidade fiscal) e, portanto, não ultrapassam esta fase da licitação. Nelas, quem possui as condições para tanto são os cooperados (autônomos).⁵⁸

Quanto à ofensa ao princípio da isonomia, reporta-se subseção seguinte. Quanto à habilitação, a regularidade fiscal das cooperativas tem que se dar de forma diferenciada (isonomicamente, tratar desiguais de forma desigual), conforme disposições legislativas que a regula.

Há de se referir, ainda, a posição de alguns doutrinadores que entendem haver a necessidade de se equalização das propostas das cooperativas quando as mesmas participam de licitações.

Ou seja, defendem a participação das cooperativas nas licitações, mas, para não haver ofensa ao princípio da isonomia, por conta dos benefícios tributários que usufruem estas sociedades, haveria a necessidade de equalizar as propostas apresentadas pelas cooperativas nos certames.

⁵⁸ FERRAZ, Luciano, *apud* REIS, Samuel Mota de Souza. A participação de cooperativas em licitações. Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 238, 2 mar. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4916>>. Acesso em: 08 jan. 2007.

Nesse sentido, a lei 8.666/93, no § 4º, do art. 42 prevê essa possibilidade, quando ao certame acudir empresas internacionais:

Art. 42. (...)

§ 4º. Para fins de julgamento da licitação, as propostas apresentadas por estrangeiros serão acrescidas dos gravames conseqüentes dos mesmos tributos que oneram exclusivamente os licitantes brasileiros quanto à operação final de venda.

É com fundamento nesse artigo da lei que, alguns autores defendem a necessidade de idêntico tratamento com as cooperativas.

Todavia, não há nenhuma referência equivalente no que tange às cooperativas. Sendo assim, não se poderia falar em dar uma interpretação extensiva, pois conforme visto, tal não cabe quando se invade a esfera de direitos alheio.

Além disso, premida que está a Administração Pública pelo Princípio da Legalidade, só deve fazer o que a lei prescreve. Sendo assim, a ocorrência da equalização de proposta das cooperativas posta-se como um ato ilegal do administrador público.

Cabe ainda, os mesmos argumentos utilizados no enfrentamento da alegada ofensa ao princípio da isonomia: foi a própria Constituição e a lei quem desigualou as cooperativas. Por essa razão, tal *discrímen* é legítimo, não cabendo ao administrador público e intérpretes da lei desconsiderá-lo.

Não se pode esquecer, ainda, que é para albergar a distinção verificada no real concreto, entre trabalhadores, pessoas destituídas dos bens e meios-de produção, e empresários capitalistas que se idealizou e se institucionalizou a cooperativa. Se lhe for subtraída essa característica, esgota-se a sua razão de existir.

Não cabe, portanto, a equalização das propostas apresentadas pela cooperativa na licitação.⁵⁹

⁵⁹ Nesse sentido se posicionou Samuel Mota de Souza Reis. Além desta posição, colacionou em seu texto a posição doutrinária dos seguintes doutrinadores: Carlos Ari Sunfeld (apud REIS, 2004):

“Já se discutiu se esse princípio poderia servir de base à adoção, na própria licitação, de medidas que compensassem a desigualdade criada pela legislação previdenciária, tributária ou trabalhista, ao gravar de modo mais oneroso um tipo de entidade (as cooperativa) em detrimento de outras (as empresas), o que lhe dava condições de oferecer preços menores do que o dos concorrentes. A resposta correta parece ser negativa, visto ser incabível suprimir, no âmbito específico das licitações públicas, o tratamento privilegiado conferido às cooperativas pelo ordenamento brasileiro como um todo. (g.n.)”

E, ainda, Sidney Bittencourt (apud REIS, 2004): “Parece-nos totalmente descabida a tentativa de equalizar propostas em edital visando à neutralização dos benefícios outorgados pela Constituição e pela lei para as

Ao que têm demonstrado as pesquisas realizadas na jurisprudência pátria, a corrente contrária à participação tem encontrado boa aceitação no Poder Judiciário, quando a si ocorrem demandas envolvendo a temática.⁶⁰

Os entendimentos sustentados nas decisões judiciais contrárias à participação, estão fundados, basicamente, em duas vertentes: a ofensa ao princípio da isonomia (concorrência desleal) e a necessidade de cumprimento ao Termo de Acordo firmado entre o Ministério Público do Trabalho e à União. O primeiro desses entendimentos será objeto de análise da próxima subseção. O outro, pela sua amplitude, dedicou-se uma seção específica, a saber a última desta dissertação.

Subseção II - A questão tributária: as isenções tributárias das cooperativas de trabalho e o princípio da isonomia nas licitações públicas

O objetivo da constituição de cooperativas é prestar serviços aos seus associados, conforme disposição expressa no artigo 4º da Lei Cooperativista. Mas é da conjunção dos artigos 5º e 86 da mesma lei que se extrai o fundamento jurídico para a atuação das cooperativas de trabalho, possibilitando a prestação de serviços a terceiros, desde que a mesma se coadune com o objetivo social desta sociedade, conforme já demonstrado.

Ou seja, a discussão sobre a existência legal dessas sociedades já é fato consumado, tanto na doutrina, como na jurisprudência, devendo ser ressaltada a previsão legal de sua existência em outros dispositivos legais, tais como inciso III, do art. 201, do Regulamento da Previdência Social aprovado pelo Decreto nº 3.408/99, na redação do Decreto nº 3.265/99.⁶¹

Por essa razão, quando enfrenta o tema, a doutrina cooperativista é uníssona em afirmar que os valores ingressantes nas cooperativas de trabalho, decorrentes da conversão do

cooperativas, por entendermos que, se o princípio é o da livre iniciativa e a Constituição Federal estabeleceu estas distinções, não cabe ao agente público, ao elaborar os editais ou julgar recursos, estabelecer distinções, negando esse tratamento beneficiado às cooperativas. (g.n.)”

Por fim, Marcos Juruena Vilella Souto (apud REIS, 2004): “Não cabe, por exemplo, a tentativa de equalizar propostas em edital para neutralizar os benefícios outorgados pela Constituição e pela Lei para as cooperativas, por força do qual eventualmente estariam numa situação melhor em relação às empresas. Isso, já existe hoje no art. 42, § 4º, da Lei nº 8.666/93, em relação às licitações internacionais (o que também é inconstitucional por estabelecer distinções além do benefício viabilizado pelos arts. 172 e 219 da Lei Maior). (g.n.)”.

⁶⁰ Ver posicionamento dos Tribunais demonstrado na próxima seção.

⁶¹ De acordo com esse dispositivo, a empresa, inclusive os entes e órgãos públicos, que tomar serviço de uma cooperativa de trabalho estará sujeita a pagar contribuição destinada à Seguridade Social, de "quinze por cento sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, relativamente a serviços que lhe são prestados por cooperados por intermédio de cooperativas de trabalho".

serviço do associado em dinheiro, não devem ser havidos como receitas da sociedade, pois se assim fossem, estar-se-ia tributando duas vezes essas receitas, visto que o cooperado (pessoa física) não está isento do pagamento de tributos. Apesar disso, o fisco insiste na taxaço das cooperativas por meio de impostos que têm como base de cálculo a receita, o lucro e o serviço.

Quando a discussão adentra na tese sustentada pelo Ministério Público do Trabalho, qual seja, a existência de cooperativas de mão-de-obra (as quais denomina-se neste trabalho dissertativo simplesmente de cooperativas de trabalho prestadoras de serviços), outros aspectos da tributação vêm à tona.

Para bem delinear essa discussão, observe-se na tabela a seguir, os encargos que recaem sobre a relação empregatícia no Brasil hoje:

TABELA A - DESPESAS DE CONTRATAÇÃO NO BRASIL
(horista)⁶²

Tipos de despesas	% sobre o salário
Grupo A – Obrigações sociais	
Previdência social	20,00
FGTS	8,50
Salário Educação	2,50
Acidentes de Trabalho (média)	2,00
SESI/SESC/SEST	1,50
SENAI/SENAC/SENAT	1,00
SEBRAE	0,60
INCRA	0,20
Subtotal A	36,30
Grupo B – Tempo não trabalhado I	
Repouso Semanal	18,91
Férias	9,45
Abono de Férias	3,64
Feriados	4,36
Aviso Prévio	1,32
Auxílio Enfermidade	0,55
Subtotal B	38,23

⁶² Tabela extraída de:

PASTORE, José. O trabalho associativo no Brasil. In _____. As mudanças do mundo do trabalho: leituras de sociologia do trabalho. São Paulo: LTr, 2006, p. 127.

Grupo C – Tempo não Trabalhado II	
13° Salário	10,91
Despesas de Rescisão Contratual	3,21
Subtotal C	14,12
Grupo D - Incidências Cumulativas	
Incidência Cumulativa Grupo A/ Grupo B	13,88
Incidência do FGTS s/ 13° Salário	0,93
Subtotal D	14,81
Total Geral	103,46

Fonte: Itens da constituição Federal e CLT

Da análise da tabela A, é possível verificar que a maioria dos encargos sociais acima dispostos não são suportados quando não há relação de emprego, como se verifica nas sociedades cooperativas prestadoras de serviços.

No que tange aos impostos incidentes sobre o faturamento das cooperativas, não se pode dizer o mesmo, em vista da divergência jurisprudencial quanto aos mesmos. Assim, das cooperativas têm sido cobrados COFINS, IR, ISS, ICMS etc., não aceitando os atos essenciais da cooperativa com terceiros como “atos cooperativos”.

Além disso, conforme determina a Lei 5.764/71, as cooperativas são obrigadas a proceder à constituição de fundos para benefício de seus associados. Nesse sentido Villela Souto (1998b, p.95):

Com relação à discussão dos encargos sociais aos quais as cooperativas não estão sujeitas, pela não ocorrência do fato gerador de determinadas contribuições sociais, há que se alertar para o fato de que, muito embora as cooperativas não tenham algumas contribuições típicas de trabalhador, elas por lei, estão obrigadas à constituição de fundos: Fundo de Reserva e Fundo de Assistência Técnica, Educacional e Social, em benefício de seus associados (art. 28 da Lei nº 5.764/71).

Além dos fundos citados, sustenta o mesmo autor que outros podem vir a ser criados pela Assembléia, definido no estatuto criador da cooperativa. Dessa forma, na participação do certame, esses custos precisam estar embutidos na proposta formulada pela cooperativa, conforme a continuidade da explicação do último autor: “Assim, a cooperativa quando apresenta uma proposta em licitação, esta nada mais é do que a soma dos interesses de todos os cooperativados, cujo tratamento legislativo é de equiparação a trabalhadores autônomos”.

Registre-se que, como autônomo, o cooperativado deve imposto de renda sobre as receitas que auferir, bem como a contribuição previdenciária por prestar serviços a terceiros. Nesse último caso, a Administração descontará do pagamento a ser feito à cooperativa, 15% (quinze por cento) sobre o valor bruto da nota fiscal apresentada, visto que lhe compete recolher esse valor à Seguridade Social, em seu próprio nome. Esse recolhimento é uma obrigação legal dos tomadores de serviços de cooperativas junto ao INSS, não se tratando, portanto, de equalização de propostas.

Portanto, quando houver participação de cooperativas nos certames, no momento do julgamento das propostas de preços, deverá a Administração Pública considerar o valor cotado pela cooperativa agregando a esse valor o percentual de 15% (quinze por cento).

Ora, todos esses custos estarão embutidos nos valores das “propostas individuais” de cada cooperado, os quais constituirão o preço final da cooperativa. Frise-se, mais uma vez, que a “Cooperativa é a sociedade de pessoas que tem por objetivo esforços em comum para a consecução de determinado fim” (MARTINS, 2003, p. 45), e no caso das cooperativas de trabalho, ao aderir livremente⁶³ a uma cooperativa, o profissional associado disponibiliza a sua atividade, juntamente com os demais, para que a cooperativa concorra no mercado, oferecendo-os a quem os necessite. Esta é a razão de existência dessas sociedades.

Diante de tudo isso, é possível afirmar que não há alegada ofensa à isonomia prevista no inciso XXI do artigo 37 da Constituição Republicana. Este artigo garante o asseguramento de igualdade de condições a todos os concorrentes, permitindo somente exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia ao cumprimento das obrigações.

Para Rigolin (2002, p.108), a igualdade citada é de expectativa: “Todos, em princípio, têm iguais expectativas de contratar com a Administração – vencerá a competição o que mais vantagem lhe propiciar”.

Citando Celso Antônio Bandeira de Mello, Justen Filho (2005, p.44) assevera que a igualdade não invalida todo e qualquer tratamento discriminatório, visto que este pode ser uma exigência inafastável para o atingimento daquele. “Nesse caso, o tratamento uniforme é que seria inválido, por ofender a isonomia”, posto que, “(...) o que se repele são as desigualdades injustificadas” (FIGUEIREDO; FERRAZ, 1989, p. 18).

Sustenta Justen Filho (2005, p.44), ainda citando Bandeira de Mello, que para ser válida a discriminação é necessário existir: a presença de diferenças nas situações de fato,

⁶³ Sem coação, dolo ou fraude.

reguladas pelo direito; correspondência entre o tratamento discriminatório e as diferenças existentes entre as situações de fato, e; correspondência entre os objetivos da diferenciação e os valores jurídicos estabelecidos na ordem jurídica.⁶⁴

Conforme se pode concluir desse conceito, nem todo *discrímen* fere a isonomia. Kelsen (1974, p.203) já lecionava que:

A igualdade dos indivíduos sujeitos a ordem pública, garantida pela Constituição, não significa que aqueles devem ser tratados por forma igual nas normas legisladas com fundamento na Constituição, especialmente nas leis. Não pode ser uma tal igualdade aquela que se tem em vista, pois seria absurdo impor os mesmos deveres e conferir os mesmos direitos a todos os indivíduos sem fazer quaisquer distinções, por exemplo, entre crianças e adultos, sãos de espírito e doentes mentais, homens e mulheres.

Ciente disso, o legislador constituinte pátrio, reproduzido nas legislações infraconstitucionais, deu tratamento diferenciado para as sociedades cooperativas, assim como o fez com as micro, pequenas e médias empresas, diferenciação que privilegia cada uma dessas entidades nas escolhas públicas, em relação às grandes empresas.

Sendo possível a discriminação da “igualdade na lei” (igualdade formal)⁶⁵, onde ela iguala os desiguais, não pode o administrador público, ou o Poder Judiciário desconsiderar princípios constitucionais, nos quais se nota o tratamento diferenciado que houve por bem ao constituinte conferir às sociedades cooperativas.

Nesse sentido, a Constituição dispôs que, Lei Complementar regulamentaria o regime tributário das cooperativas daí o porquê de alguns privilégios fiscais. Determinou ainda, a Constituição, o estímulo ao cooperativismo e a outras formas de associativismo, além de, por meio de diversos outros artigos, já citados nesta dissertação, propagar o espírito e o ideal cooperativo. Registra-se, ainda, a expressa proibição do intervencionismo e do controle estatal.

No momento em que se percebe o reconhecimento do poder normativo aos preceitos constitucionais, seria contrário ao direito admitir que o mesmo Estado que tem o dever constitucional de incentivar o cooperativismo, desprezasse essa discriminação positiva.

⁶⁴ “(...) Deve haver compatibilidade entre a diferenciação jurídica e os valores jurídicos consagrados no ordenamento” (JUSTEN FILHO, 2005, p. 44).

⁶⁵ É a igualdade na lei, que de acordo com Hatscheck, citado por Pinto Ferreira, para quem "o preceito da igualdade da lei não se esgota com a aplicação uniforme da norma jurídica, mas que afeta diretamente o legislador, proibindo-lhe a concessão de privilégio de classe". (PINTO FERREIRA, 1983, p.770). Por sua vez, a igualdade material, igualaria “Todos os homens, no que diz respeito ao gozo e fruição de direitos, assim como à sujeição a deveres” (BASTOS, 1978, p.225).

Desta forma, mostra-se acertado o entendimento manifestado por Copola (2001, p.56):

Em verdade, afrontar ao princípio da igualdade é não permitir que cooperativas regularmente constituídas participem de licitações, com o pretexto de que tais instituições são privilegiadas. Tratar desigualmente S/As, S/C e Cooperativas é imprescindível, na medida em que essas sociedades são inteiramente desiguais em sua natureza, seus institutos e propósitos.

Tal argumento demonstra a inadequação da restrição imposta pelo Poder Público à participação cooperativa nos certames públicos, usando como fundamento a ofensa ao princípio da isonomia.

É fundamentado nesse princípio que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul tem, sistematicamente decidido ser “[...] ilegal a vedação de participação de Cooperativa em certame licitatório em razão dos benefícios e privilégios concedidos a esse tipo de pessoa jurídica”.⁶⁶

Veja que se não há encargos trabalhistas, há o pagamento de outros tributos, além da necessidade de recolhimento para a constituição de fundos da cooperativa (por imposição legal, e dos que podem decorrer de deliberação da assembléia geral).

Diante disso, não há nenhuma concorrência desleal, conforme querem fazer crer os defensores da tese restritiva à participação de cooperativas de trabalho nas licitações, posto que há uma aproximação de seus custos.

Pode-se afirmar, também, que a exclusão das cooperativas causa restrição ao caráter competitivo do certame, em afronta direta à Constituição, à Lei 8.666/93, além de ferir princípios reitores da Administração Pública, tais como: o da legalidade (não há nenhuma previsão legal para tal); da impessoalidade (preterimento de sociedades cooperativas, favorecendo as mercantis); da eficiência administrativa (possibilidade de contratação por preço maior que o mercado oferece, com as cooperativas); e da moralidade (ônus ao erário maior que o devido).

Feitas essas considerações em torno do princípio da isonomia, cabe, na próxima seção, analisar o Termo de Conciliação firmado entre o Ministério Público do Trabalho e União, visto que a sua existência e a sua essência tem sido utilizadas como fundamento para afastar as cooperativas do certame.

⁶⁶ Apelação Cível nº N° 700154218782006.

Seção II – Antecedentes do Termo de Conciliação entre o MPT e a União: o desvirtuamento dos ideais cooperativos pelas “cooperativas de ocasião”

Conforme delineado no Capítulo Primeiro desta dissertação, as Cooperativas de Trabalho emergem como alternativa social e econômica, para trabalhadores desempregados ou na informalidade, buscarem conquistar espaço dentro do mercado de trabalho em concorrência com sociedades mercantis⁶⁷.

Razão assiste, todavia, aos reclamos dos “trabalhistas” (entenda-se, Ministério Público do Trabalho e Fiscais do Trabalho), quando afirmam que falsas Cooperativas dolosamente suprimiram direitos trabalhistas, esculpidos na Consolidação das Leis do Trabalho. Todavia, tais fatos somente ocorre(ram) naquelas que se convencionou chamar “cooperativas de ocasião”, ou “cooperativas de ocasião”.

Nesse momento da dissertação, faz-se necessário um reporte à promulgação da Constituição de 1988, a qual encerrou um ciclo de intervencionismo estatal no cooperativismo, ao vedar no inciso XVIII do artigo 5º, a interferência estatal em seu funcionamento. Após esse momento, houve um notável crescimento das sociedades cooperativas, conforme demonstram as estatísticas.⁶⁸

Especificamente no ramo das cooperativas de trabalho, um fato histórico legislativo desencadeou um crescimento vertiginoso dessas sociedades. Foi o advento da Lei 8.949/94, que acrescentou um parágrafo único ao artigo 442 da CLT, com o seguinte teor: “qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela”.

Note-se que não há novidade quanto à primeira parte do dispositivo, visto que o artigo 90 da lei cooperativista já trazia esse comando, ao prever que “qualquer que seja o tipo de cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados”.

Todavia, não havendo vínculo empregatício entre os associados e a cooperativa, nem com os tomadores de serviços da cooperativa, imaginaram muitos empregadores que

⁶⁷ Naquele momento da dissertação, ressaltou-se o papel desempenhado pela sociedade cooperativa, visto que, por meio dela o cooperado consegue, conjuntamente com os demais cooperados, concorrer em melhores condições com as demais empresas mercantis, o que não conseguiriam fazê-lo individualmente.

⁶⁸ Conforme levantamento realizado conjuntamente entre a Organização das Cooperativas Brasileiras e Organizações das Cooperativas dos Estados, realizado até 31/12/2005. Segundo esse levantamento, as cooperativas regularmente existentes somavam naquela data, 7.518, congregando 6.791.054 associados. Dessas, 1.994 são do ramo trabalho, congregando 425.181 associados.

poderiam acabar com o custo dos encargos com trabalhador, tornando-o sócio de uma cooperativa fictícia.

Observe-se que o renovado artigo da CLT trata de qualquer ramo da sociedade cooperativa e não apenas as cooperativas de trabalho. Por conta dessa “facilidade”, sustenta Silva (2005, p.26) que:

(...) as cooperativas que até então eram, em sua maioria, agrícolas, multiplicaram-se de forma vertiginosa, criando-se cooperativas nos mais diversos setores, tais como as de mão-de-obra, denominadas também de serviços ou de trabalho, apresentando-se ainda as habitacionais, educacionais, de serviços médicos, de estivadores, de segurança, de transporte urbano, de pescadores, de músicos, de enfermeiros, de comerciários, etc.

Em continuação, citando Maria Célia Araújo Furquim, a autora assevera:

De fato, com esse parágrafo acrescido ao art. 442 da CLT, foram criadas “pseudo” – cooperativas com perspectivas apenas de lucro, cujas atividades se cingiam apenas à locação de mão-de-obra.

A proliferação de cooperativas, tendo em vista uma suposta fundamentação no mal interpretado artigo, gerou um estereótipo negativo, prejudicando inclusive a imagem das cooperativas legítimas (FURQUIM apud SILVA, 2005, p.26).

Razão assiste aos críticos, portanto, quando afirmam que as chamadas “Cooperativas de Ocasão” ou “coopergatos”, objetivavam unicamente suprimir direitos trabalhistas. Foi nesse contexto que a Folha de São Paulo, em artigo publicado no jornal, sob o título *Cooperativas deixam 2,5 milhões sem direitos*, em 18/01/1998, escreve que o então Ministro do Superior Tribunal do Trabalho, Almir Pazzianotto Pinto (1998), referindo-se ao art. 442 da CLT, externou a seguinte opinião:

Isto é uma perversidade absurda. Foi um erro imperdoável do Congresso aprovar uma lei explicitando na CLT que o trabalhador contratado por uma empresa sob o guarda-chuva de uma cooperativa não teria vínculos com o seu empregador⁶⁹.

⁶⁹ Registre-se, por oportuno, que o artigo 442 não se refere à empresa sob guarda-chuva de cooperativa, como mencionou o ministro. É que na relação cooperativa genuína, não há de fato relação de empregatícia, tornando impossível o reconhecimento de vínculo empregatício. Nesse sentido, Teixeira Júnior e Ciotti (2003, p.327), afirmam que “A solução trazida pela norma trabalhista, contida no parágrafo único do art. 442 da CLT,

Ocorreu que sociedades empresárias, a partir da mudança do artigo 442 da CLT e burlando os princípios cooperativistas estabelecidos pela Aliança Cooperativa Internacional e positivados no artigo 4º da Lei 5.764/71, passaram a intermediar cooperados e não mais empregados, fugindo, assim, dos encargos que incidem sobre a folha de salários.

Dissertando sobre o referido artigo de lei, Teixeira Júnior e Ciotti (2003, p.320) salientam:

É importante frisar, que se faltar uma dessas características (contidas nos incisos do artigo 4º da Lei 5.764/71), a existência da sociedade cooperativa fica comprometida. (...) o pedido de ingresso e a matrícula na cooperativa se constituem atos de livre aceitação, não de imposição. Obrigar trabalhadores ao ingresso de cooperativas de mão-de-obra significa que tais cooperativas perdem uma das principais características que a definem. Logo, são cooperativas irregulares, falsas e jamais podem ser abrangidas pelo disposto na legislação trabalhista ora em exame. (...) Esta circunstância afasta a extensão da nova regra trabalhista sobre as cooperativas popularmente denominadas de *cooperativas de gato*, pois estas são oriundas da vontade de patrões ou empresários rurais e não da vontade política e livre adesão dos trabalhadores.

Por conseguinte, foram ajuizadas inúmeras ações judiciais, sobrecarregando o judiciário trabalhista que, comprovada a utilização fraudulenta de empreendimentos cooperativos, passou a decidir pela existência do vínculo empregatício, em homenagem ao Princípio da Primazia da Realidade, conforme disposição do artigo 9º da CLT. Eis o porquê da indignação do ministro.

Foram tantas as demandas trabalhistas, que o Tribunal Superior do Trabalho, editou a Súmula 331⁷⁰, de onde se extrai a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços pelo

significa, portanto, enorme progresso em busca da Consolidação desse segmento cooperativo. Para as lideranças cooperativas, lutar pela sua manutenção significa garantir o futuro das cooperativas de trabalho”.

⁷⁰ A Súmula 331 reviu o entendimento da Súmula 256 do mesmo Tribunal, que tinha o seguinte teor: “Contrato de prestação de serviços. Legalidade - Cancelada - Res. 121/2003, DJ 21.11.2003. Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nºs 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços”. (Res. 4/1986, DJ 30.09.1986)

Súmula 331 do TST: “Contrato de prestação de serviços. Legalidade – inciso IV alterado pela Res. 96/2000, DJ 18.09.2000. I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974). II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta. IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas,

inadimplemento das obrigações trabalhistas da contratada. Por conta disso, começou um movimento de resistência a esse ramo de cooperativa pelo Ministério Público do Trabalho, vindo a influenciar na negativa da participação dessas sociedades, mesmo as legítimas, nos certames públicos.

Faz-se necessário deixar registrada a origem da alteração do artigo 442 da CLT. De acordo com Gil (2002, p.169), o objetivo do projeto 3.383/92⁷¹ era diminuir o desemprego no campo e o êxodo rural. A preocupação era com os projetos de reforma agrária do Mato Grosso, onde um deputado do Partido dos Trabalhadores pretendia reuni-los em cooperativas, sem que houvesse a possibilidade de se discutir a relação de emprego e seu pesado encargo social.

Os trabalhadores criavam cooperativas de produção, que realizavam trabalhos por empreitada para proprietários vizinhos do assentamento. Após se desligarem da cooperativa, alguns cooperados ajuizavam ação na Justiça do Trabalho e conseguiam o reconhecimento da relação de emprego com o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST). O Partido dos Trabalhadores, então, com a finalidade de disciplinar as cooperativas criadas pelo Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra, apresentou projeto que resultou na Lei nº 8.949, acrescentando o parágrafo único do artigo 442 da CLT.

Como já, sobejamente demonstrado, não foi o que aconteceu. O surgimento de falsas cooperativas, com burla à legislação cooperativista, visando livrar-se dos encargos impostos pelo vínculo empregatício (tanto no campo, como na cidade) fez a Justiça do Trabalho dar uma interpretação ao artigo, diversa da pretendida pelos seus idealizadores. Sobre isso, veja-se o entendimento de Amaral, citado por Teixeira Júnior e Ciotti (2003, p.325):

(...) a desconsideração da interpretação sistemática como único meio de dar um sentido lógico ao parágrafo único do artigo 442 da Consolidação das Leis do Trabalho significa autorizar-se a implantação do absurdo legislativo,

das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993)".

⁷¹ Os fundamentos do Projeto de Lei nº 3.383/92 foram os seguintes:

“Começa a se admitir, em larga escala, em face do momento econômico e financeiro em que passa o país, a terceirização, como um alternativa de flexibilidade empresarial. Chega a ser considerada por algumas empresas e até trabalhadores, em face da recessão, como excelência empresarial, na contratação de prestação de serviços em substituição à mão-de-obra interna das empresas.

Está no cooperativismo de trabalho a fórmula mágica de reduzir o problema do desemprego gerado pelo êxodo rural e agora mais precisamente pela profunda recessão econômica.

O projeto visa, portanto, beneficiar a imensa massa de desempregados no campo (...). Estabelecendo a regra da inexistência de vínculo empregatício, nos termos ora propostos, milhares de trabalhadores rurais e urbanos (...) terão o benefício de serem trabalhadores autônomos, com a vantagem de dispensar a intervenção do patrão” (MARTINS, 2003).

ao que nenhum método de interpretação de uma norma de ordem pública pode conduzir. Em pior situação se encontrariam aqueles que vêm neste dispositivo legal verdadeiro corpo legislativo, introduzindo e regulamentando uma nova forma de contratação trabalhista: uma relação informal, sem carteira de trabalho, sem registro, sem reconhecimentos, enfim, com absoluta ausência de qualquer compromisso com a ordem jurídica vigente. Em outras palavras: um “*cooperativismo trabalhista*”, nas palavras do representante do Ministério Público.

Em suas conclusões o mesmo autor sustenta:

Se se quiser reconhecer alguma eficácia jurídica ao parágrafo único do artigo 442 da CLT, deixando de lado profunda dúvida quanto à sua constitucionalidade, somente uma interpretação seria aceitável: dirige-se o dispositivo legal às verdadeiras cooperativas, aquelas cujo objeto social atende ao disposto na lei 5.764/71 (Lei das Cooperativas). Estão nesse grupo as cooperativas de trabalho médico, cooperativas agrícolas, cooperativas de produtores rurais e muitas outras. Caso contrário, vislumbra-se a figura do “gato”, só que agora numa visão empresarial, encontrando naquele dispositivo da CLT seguro abrigo para todos os espertos, a solução que faltava para todos os problemas legais.

De todo o exposto, conclui-se que se está diante de uma enorme complexidade jurídica, de repercussões sociais de grandes proporções. Passados mais de 12 anos da promulgação da Lei 8.949/94, ainda hoje há grandes debates sendo travados, notadamente entre os autores e defensores do cooperativismo e autores e defensores das relações trabalhistas.

Conforme já citado nesta dissertação, parte dessa divergência decorre da insuficiente compreensão da relação cooperativa pelos trabalhadores.

A adesão ao empreendimento é decorrente de manifestação de vontade própria o que não ocorre com as falsas cooperativas. Assim, não há relação de subordinação e nem necessidade de patrão e de pagamento de salários⁷², visto que os cooperados são sócios/donos e se beneficiam dessa situação. Foi por isso que eles foram idealizados, e por meio do exercício dos princípios cooperativos, o empreendimento deve trazer melhores resultados isonômicos que a relação empregatícia.

O cooperado usufrui, proporcionalmente, dos benefícios advindo do trabalho conjunto com os demais cooperados, separando desses benefícios apenas a taxa de administração da cooperativa a que está vinculado. Como benefício, é possível citar o

⁷² Destaque-se que, caso a cooperativa contrate terceiros não-associados para lhes prestar serviços, há vínculo empregatício entre estes e aquela, recaindo sobre a cooperativa a responsabilidade pelo recolhimento e pagamento de todos os encargos trabalhistas.

apoderamento pelo associado da “mais-valia”⁷³, que nas sociedades mercantis crescem a riqueza de seu proprietário.

Ocorre que há resistências e dificuldades em admitir o trabalho fora da relação empregatícia disposta na Consolidação das Leis de Trabalho, somado a todas as fraudes verificadas pelo Ministério Público do Trabalho e Fiscais do Trabalho.

É bom salientar, ainda, que o próprio Poder Público, irregularmente contratava empresas prestadoras de serviços (inclusive cooperativas de trabalho), para desenvolvimento de atividades-fim, constantes de planos de cargos de órgãos e entidades em ofensa ao princípio do concurso público. Contra tais irregularidades, o Ministério Público também estava a agir de forma implacável.

Nesse contexto, na data de 05/06/2003 foi firmado um Acordo Judicial, numa Ação Civil Pública (autos do processo nº 01082-2002-020-10-00-0), que tramitou na Vigésima Vara do Trabalho de Brasília/DF, entre o Ministério Público do Trabalho e a União, no qual esta última se compromete a não contratar cooperativas de trabalho.

As razões e motivos ensejadores desse Acordo serão objetos de análise da próxima subseção, onde serão salientados, inclusive, algumas ilegalidades na formalização do mesmo, bem como os projetos de lei regulando a situação dispostas no Acordo, em confronto o entendimento da Justiça do Trabalho.

Subseção I – O Termo de Conciliação: vedação à participação de cooperativas de trabalho em licitações públicas no âmbito federal

Conforme se salientou outrora, dois dos grandes fundamentos utilizados pela doutrina e pela jurisprudência para excluir as cooperativas de trabalho dos certames públicos são a ofensa ao princípio da isonomia e o Termo de Conciliação firmado entre o Ministério Público do Trabalho e a União. O primeiro fundamento já foi anteriormente analisado. Cabe discorrer agora sobre o último fundamento.

Para discorrer sobre o mesmo, é necessário reportar-se ao ano de 1999, quando a Procuradoria Regional do Trabalho da 10ª Região passou a investigar as atividades de duas cooperativas de trabalho, que estariam promovendo a ilegal intermediação de mão-de-obra (TEIXEIRA JÚNIOR; CIOTTI, 2005).

⁷³ O conceito marxista para a mais-valia é a objetivação do trabalho vivo do trabalhador. É a criação não paga do operário. Para o capitalista, é apenas o lucro (DUSSEL, 2002, p. 452-453).

Do referido procedimento investigatório é possível extrair que a insatisfação do Ministério Público do Trabalho era, na verdade, contra a burla ao concurso público, posto que a União Federal estaria firmando contrato com cooperativas para desempenho de atividades constantes de planos de cargos do ente estatal, conforme se extrai da peça processual da Procuradoria Regional do Trabalho:

O relatório fiscal não deixa dúvida de que a União Federal vem se beneficiando, de forma torpe, da prestação de trabalhadores ilegalmente intermediados por falsas cooperativas de trabalho, dirigindo ao bel prazer a sua prestação laboral. Tudo para a consecução ordinárias e corriqueiras da administração pública e que poderiam e deveriam ser prestadas por servidores públicos concursados (TEIXEIRA JÚNIOR; CIOTTI, 2005, p.68).

Todavia, conforme se discorreu no Capítulo Segundo desta dissertação, a ilegalidade de tal prática não se aplica apenas à terceirização com cooperativas de trabalho, mas sim com qualquer empresa prestadora de serviços. Registre-se, que se trata de terceirização ilícita, por se consistirem de atividades-fins, o que é vedado pelo princípio do concurso público.

Por conta disso, entende-se que o fundamento do Termo de Conciliação esteja, também, na seguinte fundamentação:

Por outro lado, a inspeção fiscal revelou que as cooperativas vêm-se utilizando do ardid do falso cooperativismo para eximir-se do pagamento de encargos trabalhistas, lesando não só os interesses individuais homogêneos daquela massa de trabalhadores por elas exploradas na forma mais vil, mas vulnerando também os interesses da grande massa de trabalhadores que estariam aptos a se candidatar a uma vaga no serviço público, e até mesmo daqueles trabalhadores que poderiam aspirar a um emprego de prestação de serviços que atuam nas atividades-meio da administração pública e que, portanto, seriam objeto de uma terceirização lícita (TEIXEIRA JÚNIOR; CIOTTI, 2005, p.68).

Ocorre que, na referida investigação, assim como se tem conhecimento hoje, nesse tipo de fraude os funcionários da anterior prestadora de serviço, rapidamente passaram a fazer parte do grupo de cooperados, executando as mesmas atividades, nos mesmos locais de trabalho e subordinados aos mesmos servidores de antes.

Diante disso, o procedimento investigatório culminou com a propositura da Ação Civil Pública Nº 1.082/02, que tramitou na 20ª Vara do Trabalho da 10ª Região. Dela resultou o Termo de Conciliação Judicial firmado entre o Ministério Público do Trabalho e a União, por

meio da sua Advocacia Geral, no qual a União compromete-se, na cláusula Primeira a abster-se:

de contratar trabalhadores, por meio de cooperativas de mão-de-obra, para a prestação de serviços ligados às suas atividades-fim ou meio, quando o labor, por sua própria natureza, demandar execução em estado de subordinação, quer em relação ao tomador, ou em relação ao fornecedor dos serviços, constituindo elemento essencial ao desenvolvimento e à prestação dos serviços terceirizados.

Em seguida, o Termo de Conciliação, num rol de 18 atividades⁷⁴, expressamente prevê os serviços que não podem ser terceirizados por cooperativas de trabalho (mão-de-obra, conforme sua definição), ressaltando, no parágrafo único, a possibilidade da ampliação desse rol. Ou seja, essa cláusula do Termo do Acordo, praticamente excluiu as cooperativas de trabalho de toda e qualquer possibilidade de participar da terceirização de serviços com a Administração Pública Federal, abrangendo, além da Administração Direta, a Administração Indireta.

Na cláusula segunda, está definido o que vem a ser “cooperativas de mão-de-obra:

Considera-se cooperativa de mão-de-obra, aquela associação cuja atividade precípua seja a mera intermediação individual de trabalhadores de uma ou várias profissões (inexistindo assim vínculo de solidariedade entre seus associados), que não detenham qualquer meio de produção, e cujos serviços sejam prestados a terceiros, de forma individual (e não coletiva), pelos seus associados.

Ou seja, para o Ministério Público do Trabalho, o ramo de cooperativa de trabalho somente comporta as cooperativas de produção e de serviços, detentoras dos meios de produção.

Das considerações antecedentes às cláusulas do Acordo, extrai-se o entendimento de que a prestação de serviços a terceiros pelas cooperativas de trabalho somente é admitida em caráter excepcional e desde que tal faculdade atenda os objetivos sociais previstos na sua norma estatutária. Todavia, a ressalva do “caráter excepcional” não está previsto no artigo 86

⁷⁴ São as seguintes, as atividades proibidas de serem terceirizadas, conforme dispostas na Cláusula Primeira do Acordo: Serviços de limpeza; Serviços de conservação; Serviços de segurança, de vigilância e de portaria; Serviços de recepção; Serviços de copeiragem; Serviços de reprografia; Serviços de telefonia; Serviços de manutenção de prédios, de equipamentos, de veículos e de instalações; Serviços de secretariado e secretariado executivo; Serviços de auxiliar de escritório; Serviços de auxiliar administrativo; Serviços de office boy (contínuo); Serviços de digitação; Serviços de assessoria de imprensa e de relações públicas; Serviços de motorista, no caso de os veículos serem fornecidos pelo próprio órgão licitante; Serviços de ascensorista; Serviços de enfermagem; e Serviços de agentes comunitários de saúde.

da Lei 5.764/71. Assim, sendo, essa ressalva foi criada pela Justiça do Trabalho, não encontrando correlação jurídica com o “genuíno” cooperativismo.

De se observar, ainda, que, de regra, cooperativas de trabalhadores desempregados ou na informalidade não possuem recursos ou linhas de créditos suficientes para aquisição dos meios de produção, sendo este um dos grandes entraves das cooperativas de serviços. Ou seja, a não admissão da prestação de serviços a terceiros por cooperativas de trabalho, praticamente inviabiliza a existência de trabalhadores (desempregados e na informalidade) agrupados em cooperativas com essa finalidade.

Ainda em relação às cláusulas do Termo de Conciliação, o descumprimento do acordado em juízo obriga a União a pagar *astreinte*, além da responsabilização solidária do servidor que firmar contratos para as atividades dispostas na cláusula primeira.

Deve ser salientado, ainda, as disposições constantes da cláusula terceira, *in verbis*:

Cláusula Terceira - A UNIÃO obriga-se a estabelecer regras claras nos editais de licitação, a fim de esclarecer a natureza dos serviços licitados, determinando, por conseguinte, se os mesmos podem ser prestados por empresas prestadoras de serviços (trabalhadores subordinados), cooperativas de trabalho, trabalhadores autônomos, avulsos ou eventuais;

E no parágrafo primeiro da referida cláusula, o Termo de Conciliação define quando será possível a contratação de cooperativas de trabalho:

Parágrafo Primeiro - É lícita a contratação de genuínas sociedades cooperativas desde que os serviços licitados não estejam incluídos no rol inserido nas alíneas "a" a "r" da Cláusula Primeira e sejam prestados em caráter coletivo e com absoluta autonomia dos cooperados, seja em relação às cooperativas, seja em relação ao tomador dos serviços, devendo ser juntada, na fase de habilitação, listagem contendo o nome de todos os associados. Esclarecem as partes que somente os serviços podem ser terceirizados, restando absolutamente vedado o fornecimento (intermediação de mão-de-obra) de trabalhadores a órgãos públicos por cooperativas de qualquer natureza.⁷⁵

Ocorre que a grande demanda apresentada pela sociedade está na premente necessidade de busca por meios de subsistência, que implica na inserção no mercado de trabalho. Mas, sem possuir os meios de produção, não é possível aos desempregados e

⁷⁵ Da experiência do autor desta dissertação nas licitações realizadas pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, constata-se a participação de cooperativas de transportes nas licitações e a constante contratação dessas cooperativas para esse tipo de atividade, o que se coaduna com o parágrafo acima citado.

trabalhadores do mercado informal juntarem-se em sistema de cooperação para tentarem maior inserção no mercado de prestação de serviços terceirizados em âmbito privado ou público.

Assim, como conseqüências desse Termo de Conciliação “(...) implicou o desdobramento de um sem número de outros atos determinados pela própria Administração Pública, a saber, editais com cláusulas proibitivas da participação das cooperativas em licitações” (TEIXEIRA JÚNIOR; CIOTTI, 2005, p. 70).

E, expressando um sentimento pessimista com relação ao futuro das cooperativas de trabalho prestadoras de serviços, Teixeira Júnior e Ciotti (2005, p.71) concluem:

Esses entraves acumulam-se de tal forma que praticamente varrem do cenário jurídico atual qualquer possibilidade de ajuste entre a Administração Pública e as cooperativas de trabalho porquanto, no entender do Ministério Público do Trabalho, estas sociedades não se prestariam a outra prática que não a fraude de direitos trabalhistas.

Todavia, havendo previsão para a atuação e existência dessas sociedades, as ações do Ministério Público e Fiscais do Trabalho devem se voltar, apenas, contra as falsas cooperativas, sem afetar a legítima atuação das genuínas. Somente sob essa leitura pode-se interpretar o Temo de Conciliação em análise.

Nesse sentido deve ser observado que a vedação disposta na Cláusula Primeira do Acordo, no que tange ao trabalho subordinado, deve ser entendida, como subordinação a superiores hierárquicos (chefes ou patrões). Isso não ocorre com as cooperativas.

Os cooperativados precisam ter, todavia, uma mínima organização interna no tangente à gestão de pessoas, de associados, como existe em todo empreendimento privado ou público. A subordinação na cooperativa deve ser, portanto, em relação à regimentos dispostos em seus Estatutos ou Regulamentos de conduta (votados em assembleias soberanas).⁷⁶

Assim, a subordinação nessas sociedades é imediata em relação à Assembleia (autonomia coletiva, à qual, individualmente todos se submetem) e mediata em relação aos estatutos e regulamentos nas primeiras aprovadas. A interpretação dada à tal situação, não implica em existir apenas autonomia coletiva.

A autonomia individual se submete à coletiva, por meio da aprovação em assembleia quanto à forma de prestação de serviços, na qual todos os cooperados têm a possibilidade de

⁷⁶ Observe-se, na subseção III a seguir, que o referido entendimento vem expressamente referido nos Projetos de Lei que tramitam na Câmara dos Deputados, e que têm por objetivo regulamentar as cooperativas de trabalho.

influenciar na vontade geral. É a auto-gestão democrática da cooperativa, onde cada cooperado tem direito a um e somente um voto.⁷⁷

Ocorre que há um descompasso entre o nosso ordenamento jurídico e o trabalho coletivo. Nesse sentido, “o nosso direito não foi pensado para o trabalho coletivo, para as realidades coletivas. Quer dizer, há uma ditadura da forma jurídica que não responde às necessidades do grupo, das atividades e da complexidade de inserção desse grupo no mercado” (GEDIEL apud AFÂNIO, 2006, p.123).

Mas isso não deve servir como pressuposto para varrer do mundo jurídico pátria a existência e atuação das cooperativas de trabalho prestadoras de serviços, postando-se como antijurídico, portanto, a proibição de contratação de cooperativa quando houver necessidade de subordinação, posto que na cooperativa, a subordinação se dá em relação à Assembléia Geral, por meio do Estatuto e Regulamentos. E como já frisado, tal fato não retira a autonomia individual do cooperado, mas submete-o, democraticamente à vontade da maioria. Isso possibilita a prestação de serviços sem comprometimento da qualidade do trabalho coletivo.

Observe-se que é no conjunto de ações dos cooperados (individualmente), que o empreendimento cooperativo do trabalho se funda (prestação de serviços de maneira coletiva).

Ressalte-se, ainda, que a gestão coletiva da autonomia privada (individual)⁷⁸, por meio da autogestão, possibilita a valorização do trabalho humano conforme os ditames constitucionais (AFÂNIO, 2006), pois apresenta-se como

Uma estrutura destinada a substituir a estrutura de poder baseada na propriedade privada dos meios de produção e no contrato de trabalho subordinado, fundando seus pressupostos no trabalho coletivo associado, isto é, na atribuição do poder de decisão aos próprios trabalhadores, na coletivização dos meios de produção e no direito dos trabalhadores ao produto do seu trabalho” (HARDER apud AFÂNIO, 2006, p.123).

Tal situação não pode ser desprezado pelo intérprete e ordenamento jurídico vigente, quando o mesmo afeta tão grande número de cidadãos, conforme já apontado. Na democracia comunitária e no mutualismo apresentado nas verdadeiras cooperativas de trabalho, a

⁷⁷ Ver o princípio da singularidade de voto (art. 4º, V) e regra da soberania assemblear (art. 38) da Lei 5.764/71.

⁷⁸ É de uso corrente na ciência jurídica a expressão ‘autonomia da vontade’, compreendida como o princípio do Direito Privado pelo qual o indivíduo tem a possibilidade de praticar um ato jurídico, determinando-lhe o conteúdo, a forma e os efeitos. Seria a manifestação da liberdade individual no campo do Direito (HARDER, 2005).

autonomia individual assume uma roupagem coletiva, fato que não pode ser desprezado, em vista da reclamada dignidade da pessoa humana.

Quanto a existência de pessoalidade e habitualidade, o “pro-labore” distribuído ao cooperativado é feito proporcionalmente à sua contribuição para o aporte de recursos na sociedade. Sendo assim, quanto mais serviços prestar o cooperado, maior será a sua participação nessa distribuição. Todavia, não está ele impedido de se ausentar do local de prestação do serviço, ou de ser substituído por outro cooperativado, posto não ser a relação habitual nem *intuito persona*.

Diante de tais argumentos, posta-se como antijurídica a exclusão prévia dessas sociedades das escolhas públicas. Observe-se, ainda, que para identificação das falsas cooperativas no processo de licitação, possui a Administração Pública mecanismos, que, se utilizados adequadamente, a imuniza da prática de ilegalidade (intermediação de mão-de-obra), além de se prevenir contra a responsabilização subsidiária pela inadimplência do terceiro contratado.

Nesse sentido, salienta-se as exigências dispostas na Lei Licitatória, nos artigos 27 a 33, que exigem dos licitantes documentos comprobatórios de habilitação no certame. Para verificação da regular atuação da cooperativa, deve a Administração exigir os documentos que são próprios dessas sociedades e vêm dispostos na Lei Cooperativista (registro na Organização das Cooperativas Brasileiras, conformação do objetivo social com o objeto licitado, etc).

Após a Análise desses documentos, caso o administrador público ainda não se sinta seguro quanto à idoneidade da cooperativa, pode utilizar-se do instituto da diligência prevista no § 3º do artigo 43 da Lei 8.666/93, por meio da qual pode ser verificada a obediência aos princípios cooperativos da livre adesão dos cooperados, do exercício da democracia por meio de realização de assembleias e participação dos cooperados (auto-gestão), da autonomia da cooperativa, da distribuição das “sobras”, etc.

O referido procedimento pode ocorrer tanto nas modalidades licitatórias em que a fase de habilitação precede a análise das propostas (concorrência, tomada de preços e convite), como nas em que a análise é posterior (pregão presencial e eletrônico). Nesses dois últimos casos, toda essa análise será feita após a fase de lances. Sagrando-se vencedora uma cooperativa de trabalho, esta somente será contratada após a comprovação documental da sua habilitação.

Caso a cooperativa não comprove a sua habilitação, especialmente no tangente à verificação de inexistência de fraude na sua constituição, deverá ser inabilitada do certame, bem como denunciada ao Ministério Público. Esse é o procedimento moralmente justo e legal, porque legítimo, que deve ser seguido e adotado por toda Administração Pública.

Para isso, entretanto, é preciso garantir o exercício do direito de participação na licitação, preocupação que deve pautar a elaboração do edital, estabelecendo os critérios objetivos para a habilitação das mesmas, de maneira distinta da que será exigida para as sociedades mercantis.

Além disso, durante a execução contratual, a Administração possui prerrogativas que a coloca em posição acima do particular, decorrente das cláusulas exorbitantes que devem conter no contrato administrativo. Assim, deverá conter o ajuste, cláusulas que possibilitam a rescisão unilateral, a aplicação de penalidades, entre outras, tudo em prol do interesse público.

Ora, verificado a dissídia da cooperativa contratada na relação com o cooperativado (negligência quanto à realização de assembléias, distribuição das “sobras”, a contribuição para a Previdência Social pelos cooperativados, etc) deve a Administração lançar mão das prerrogativas decorrentes das cláusulas exorbitantes, aplicando penalidades e, no último caso, rescindir o contrato, garantido o contraditório e a ampla defesa.

Mas não é assim que tem acontecido, na maioria das vezes. Os fundamentos do Termo de Conciliação em análise também tiveram forte influência nas decisões judiciais, chegando até aos tribunais. É sobre o reflexo do deste nos Tribunais que se discorrerá na próxima subseção, onde ficará demonstrado que esse entendimento passou a ser a tese da corrente restritiva da participação de cooperativas de trabalho nas licitações públicas de maior aceitabilidade nas Justiças Federal e Comum e no Tribunal de Contas da União.

Subseção II – O reflexo dos fundamentos do Termo de Conciliação nos Tribunais

Antes da celebração do Acordo entre o Ministério Público do Trabalho e União, conforme disposto acima, a maior divergência nos tribunais sobre o tema, era se havia ou não, ofensa ao princípio da isonomia nos certames públicos. Após o Termo de Conciliação, porém, boa parte das decisões restritivas à participação das sociedades cooperativas nos certames públicos passou a ter como fundamento as razões do Termo de Conciliação em análise nesta seção da dissertação.

Conseqüentemente, a discussão subiu aos tribunais, tanto na esfera da Justiça Federal, como nas Justiças Estaduais, chegando até ao Superior Tribunal de Justiça. É possível constatar, por exemplo, em diversos acórdãos desses tribunais, manifestação dando validade jurídica ao referido Acordo, em que pese as irregularidades que possam ser apontados na celebração do mesmo.

Para fazer essa constatação, realizou-se um levantamento no começo de janeiro do ano de 2007, nas jurisprudências do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e nos Tribunais de Justiça dos três estados da Região Sul do Brasil⁷⁹.

Registre-se que a pesquisa não foi realizada na Justiça do Trabalho, por entender que se trata de tema afeto ao Direito Administrativo. Daí o porquê da pesquisa nos Tribunais Regionais Federais, realizando-a nas cinco Regiões a que está dividida a Justiça Federal, especialmente para verificar o reflexo dos fundamentos do Termo de conciliação entre o Ministério Público do Trabalho e a União pelo país.

Quanto aos Tribunais de Justiça da Região Sul do Brasil, a escolha para a pesquisa foi propositada: foi aqui o nascedouro do cooperativismo no país, sendo um grande centro de estudos e propagação dessas sociedades.

A partir dessas premissas, e com os resultados da pesquisa foi possível perceber, que ainda há grande divergência em torno do tema.

Verificou-se que no Superior Tribunal de Justiça, há apenas uma decisão colegiada enfrentando o tema “participação das cooperativas de trabalho nas licitações públicas” (Acórdão 2004/0063555-1, de relatoria do Ministro Edson Vidigal). Na referida decisão, esse Tribunal assim se manifestou sobre o Acordo entre o Ministério Público do Trabalho e a União:

Permanecendo válido termo de acordo firmado entre o Ministério Público do Trabalho e a Advocacia Geral da União, pelo qual a União se obrigou a não contratar trabalhadores por meio de cooperativas de mão-de-obra para prestação de serviços ligados às suas atividades fim ou meio, quando o labor,

⁷⁹ A pesquisa foi realizada pela internet, nos endereços eletrônicos dos respectivos tribunais, nos dias 03 e 04/01/2007, na ferramenta de busca de jurisprudência disponível em cada um desses Tribunais. O termo de busca utilizado foi “cooperativa e licitação”, sendo que foram desprezadas as decisões anteriores ao ano de 2000, em vista da baixa verificação de decisões disponíveis anteriores àquele ano.

Os tipos de recursos julgados foram, na maioria, Agravo de Instrumento em Mandado de Segurança. Mas, verificou-se, também, Apelação em Mandado de Segurança, Agravos Regimentais e Embargos de Declaração.

Os endereços eletrônicos pesquisados são os seguintes:

Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Regionais Federais: <<http://daleth.cjf.gov.br/Jurisp/Juris.asp>>

Tribunal de Justiça do Estado do Paraná: <<http://www.tj.pr.gov.br/proto/consultajurisprudencia.asp>>

Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina: <<http://www.tj.sc.gov.br/jur/jurisprudencia.htm>>

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/index.php>

por sua natureza, demandar execução em estado de subordinação, quer em relação ao tomador, quer em relação ao fornecedor de serviços, a inobservância dessa diretriz por quaisquer dos órgãos da administração pública federal, configura ameaça de lesão à ordem pública, aqui compreendida a ordem administrativa;

Observa-se que o Tribunal não adentra o mérito da validade jurídica do Acordo, mas procura, em homenagem à segurança jurídica e à ordem administrativa, garantir a validade da decisão que homologou o Termo de Conciliação.

No Tribunal Regional Federal da Primeira Região, sofrendo influência territorial de onde foi celebrado o Acordo, prevaleceu, majoritariamente, nos últimos quatro anos, o entendimento restritivo a participação das cooperativas de trabalho nos certames (doze decisões contrárias e duas favoráveis). Igualmente o da Segunda Região (cinco contrárias e uma favorável).

No Tribunal Regional Federal da Terceira Região, não houve resposta à pesquisa “cooperativa e licitação”, conforme realizada nos demais tribunais.

No Tribunal Regional da Quarta Região há divergência entre o entendimento esposado pela Terceira e Quarta Turma, prevalecendo na primeira o entendimento favorável à participação de cooperativas de trabalho nos certames (nove decisões), mesmo após a celebração do Acordo em análise, e, na segunda o entendimento contrário (sete decisões).

No Tribunal Regional da Quinta Região, verifica-se divergência estabelecida em torno do assunto, mas prevalecendo as decisões favoráveis à participação das cooperativas nos certames (quatro), embora se perceba receptividade aos fundamentos do Termo de Conciliação Acordo em análise, notado na mudança de entendimento esposado pela 4ª Turma do Tribunal⁸⁰ (duas decisões contrárias).

Já nos Tribunais de Justiça Estaduais da Região Sul do país, impressionou a quantidade de decisões favoráveis à participação das cooperativas de trabalho nos certames públicos, esposado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, sendo esse o entendimento dominante naquele tribunal.

É bom salientar, que esse último tribunal citado, ao se defrontar com Acordos celebrados entre o Ministério Público do Trabalho e entes, entidades e órgãos da Administração Pública (de regra em autos de Ações Cíveis Públicas), sustenta que não foram respeitados os princípios da ampla defesa e do contraditório, em vista da ausência de

⁸⁰ Autos do Processo nº 200481000106034.

representantes de cooperativas na homologação dos mesmos. Além disso, o Tribunal sustenta serem os mesmos ilegais por afrontarem o princípio da isonomia.

Quanto à vedação à participação de cooperativas nos certames, sustenta o referido Tribunal que esses Acordos não vedam a participação pura e simples das mesmas nos certames. Isso porque, o objetivo primeiro desses acordos, é segregar, apenas, as falsas cooperativas.

Cabe, portanto, ao Poder Público “(tomador do serviço), a cada certame, relativamente às Cooperativas, proceder, no Edital respectivo, exigências e exame de documentos necessários à identificação das genuínas Cooperativas de Trabalho, as quais, por óbvio, não estão impedidas de concorrerem ao certame”, esclarece o desembargador Henrique Osvaldo Poeta Roenick (2007) no julgamento da Apelação Cível nº 70014139984.

Registre-se, ainda, a notícia veiculada na página eletrônica do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na data de 03/01/2007, com o título “cooperativa pode participar de licitação”⁸¹. No interior da notícia, é possível extrair, mais uma vez o entendimento do tribunal quanto a ilegalidade dos Acordos firmados por órgãos públicos com o Ministério Público do Trabalho, em vista da afronta ao princípio da isonomia.

Imperioso demonstrar, ainda, a influência dos fundamentos dos Termo de Conciliação em análise na jurisprudência do Tribunal de Contas da União. Tornou-se famoso o Acórdão 1.815⁸² exarado em 26/11/2003 pelo Plenário da Corte de Contas nacional, de relatoria do Ministro Benjamin Zymler e que foi publicado com caráter normativo. No referido Acórdão,

⁸¹ “Cooperativa pode participar de processo licitatório

O Desembargador Nelson Antonio Monteiro Pacheco, plantonista do TJRS, deferiu nesta manhã (3/1) medida que autoriza a Meta Cooperativa de Serviços Ltda. participar de processo licitatório, na modalidade Pregão, aberto pelo Banrisul.

O Juízo de 1º Grau indeferiu o pleito da Cooperativa pelo fato de o Banco ter firmado Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) com o Ministério Público do Trabalho. O TAC objetiva vedar a contratação de cooperativas de trabalho, por meio de licitação, visando ao cumprimento das normas trabalhistas, que seriam burladas por estas cooperativas.

Destaca o magistrado do TJ que “as Câmaras que apreciam a matéria nesta Corte têm entendido que o Termo de Ajustamento em apreço é ilegal e fere o princípio da isonomia, razão pela qual têm garantido às cooperativas de trabalho o direito à participação de processos licitatórios da natureza daqueles ora questionados”.

A decisão ocorreu às 10h10min desta quarta-feira. A licitação estava marcada para ocorrer às 14h desta mesma data. O Desembargador a quem for sorteado o recurso de Agravo poderá reapreciar o assunto”. Disponível em <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/noticias/mostranoticia.php?assunto=1&categoria=1&item=42614>

Acessado em: 03 de jan. de 2007.

⁸² Acórdão 1815 – TCU – Plenário. Disponível em: [https://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?lnk=\(AC-1815-47/03-P\)\[NUMD\]\[B001\]](https://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?lnk=(AC-1815-47/03-P)[NUMD][B001]) Acessado em: 04 de jan. de 2007.

praticamente houve a encampação do entendimento externado no Acordo firmado entre o Ministério Público do Trabalho e a União.⁸³

A tal conclusão é possível chegar ao se analisar o dispositivo do acórdão, bem como o seu interior. Nesse sentido, destacam-se as seguintes determinações:

9.3.1. nos futuros editais de licitação, defina a forma como os serviços serão prestados, nos seguintes moldes:

9.3.1.1. se, pela natureza da atividade ou pelo modo como é usualmente executada no mercado em geral, houver necessidade de subordinação jurídica entre o obreiro e o contratado, bem assim de pessoalidade e habitualidade, deve ser vedada a participação de sociedades cooperativas, pois, por definição, não existe vínculo de emprego entre essas entidades e seus associados;

Nesses termos, restando patente que as atividades a serem licitadas ocorrerão na presença do vínculo de subordinação entre o trabalhador e o fornecedor de serviços, estaria o edital autorizado a, de forma expressa e fundamentada, vedar à participação de cooperativas de trabalho, ou de mão-de-obra nos certames. Mas observe-se, que tal restrição se aplica, também, a quaisquer tipos de sociedades que participe da relação.

No caso das cooperativas, o problema ocorre quando o entendimento do Ministério Público do Trabalho que as impossibilitam de participar da terceirização por entender impossível prestação de serviços sem subordinação hierárquica ante ao próprio prestador de serviços – no caso, do cooperativado em relação à cooperativa.

Mas, conforme já salientado na subseção antecedente, a subordinação que deve existir na cooperativa deve ocorrer em relação às assembleias em homenagem ao princípio da auto-gestão cooperativa. Serão elas que irão determinar, por meio do Estatuto e Regulamentos, as normas para a boa e fiel execução dos serviços prestados pela cooperativa.

Patente tais características, estar-se-á diante de genuínas cooperativas, sendo lícita sua participação na terceirização de serviços públicos ou privados, entendimento que discrepa do externado pelo Acordo firmado entre o Ministério Público do Trabalho e a União.

Há, por fim, a necessidade de analisar o Acordo firmado entre o Ministério público do Trabalho e a União, frente aos princípios da moralidade e da legalidade, o que será feito na próxima subseção. Serão abordados, ainda, alguns aspectos relativos ao projeto de lei do Poder Executivo para o cooperativismo do trabalho.

⁸³ Cabe citar, ainda, os Acórdãos 975/2005 – Segunda Câmara; 668/2005 – Plenário; 1978/2004 – Plenário; 307/2004 – Plenário; 307/2003 – Plenário; 23/2003 – Plenário, e; 22/2003 – Plenário. Todos versando sobre o tema em estudo.

Subseção III – O Acordo e os princípios constitucionais da legalidade e da moralidade

administrativa: necessidade de superação do ajuste

Diante de todas as evidências dispostas no decorrer desta seção, é preciso analisar o problema sob à luz de alguns princípios constitucionais que orientam a Administração pública. Evidente que alguns desses aspectos já foram mencionados no decorrer da dissertação. Após as disposições antecedentes, porém, necessitam, ser revistos.

Inicialmente é preciso analisar o Termo de Conciliação firmado entre o Ministério Público do Trabalho e a União à luz do princípio da legalidade. Conforme já demonstrado no Capítulo Segundo, a Administração Pública, premida que está pelo regime jurídico administrativo, está submetida ao princípio da legalidade.

Este princípio impõe ao gestor público fazer somente o que está prescrito em lei. Desta forma, não havendo nenhuma previsão legal restritiva da participação de cooperativas em certames públicos, o ato administrativo que tenha essa finalidade, é nulo de pleno direito.

Caso o mesmo tenha por fundamento o Acordo homologado judicialmente, há ainda a necessidade de verificação da extrapolação dos limites pelas partes que o celebraram.

Os representantes do cooperativismo pátrio já apresentaram à justiça, em algumas ocasiões os vícios na celebração do ajuste, quais sejam, a incompetência da Justiça do Trabalho para homologá-lo, em vista de tratar-se de matéria afeta à Justiça Federal (licitação do Poder Público Federal), o desrespeito ao contraditório e a ampla defesa e a incompetência do Ministério Público do Trabalho e da Advocacia Geral da União para celebrar o Ajuste em razão do valor da causa (TEIXEIRA JÚNIOR; CIOTTI, 2005).

Quanto ao primeiro argumento, em situação análoga, o Superior Tribunal de Justiça, na análise do conflito de competência negativa, na qual figurou como Suscitante o Juízo da 71ª Vara do Trabalho de São Paulo – SP e Suscitado o Juízo Federal da 12ª Vara Cível da Seção Judiciária do Estado de São Paulo, na ação proposta pela COOPERDATA – Cooperativa de Trabalho de Profissionais de Processamento de dados e informática Ltda, a qual pretendia a declaração de seu enquadramento nos dispositivos da Lei nº 5.764/71, como uma sociedade cooperativa, esse Tribunal manifestou-se pela competência da Justiça do Trabalho. Sustentou o Tribunal que, “Para apurar se a autora se enquadra nos dispositivos da Lei nº 5.764/71, é necessário analisar as atividades por ela desenvolvidas, visando a evitar

que, sob o manto de uma cooperativa fictícia, oculte-se uma verdadeira relação de emprego”.

84

Entretanto, são vários os julgados no STJ declarando a competência da Justiça Comum Estadual, quando não está em discussão o reconhecimento de vínculo de emprego. Mostra-se inócua a primeira argumentação, ao menos à luz do Superior Tribunal de Justiça.

Há, ainda, o segundo argumento levantado pelos representantes do cooperativismo, a saber, o desrespeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa, visto que nenhum representante das cooperativas fizeram parte da demanda que originou o Termo de Conciliação.

Por conta disso, o Sindicato das cooperativas propôs uma Ação Rescisória onde sustenta a nulidade do Acordo, em vista da afronta aos referidos princípios constitucionais, estando a ação em apreciação pelo Tribunal Superior do Trabalho.

Quanto ao terceiro e último argumento, a incompetência do Ministério Público do Trabalho e da Advocacia Geral da União para celebrar o Ajuste em razão do valor da causa, registre-se que foi atribuída à causa, o valor de R\$ 2.000.0000,00 (dois milhões de reais).

Sendo assim, há vedação expressa no artigo 1º e § 1º da Lei 9.469/97⁸⁵ à celebração de acordos pelos representantes que assinaram o acordo em análise, posto que dependeria de autorização prévia de Ministro de Estado ou do titular da Secretaria da Presidência da República, o que não ocorreu.

Outro fundamento utilizado nas decisões dos tribunais é o a limitação da extensão do acordado à base territorial da vara do Trabalho que homologou o acordo, não se estendendo ao restante do país, como quer o Ministério Público do Trabalho. É que, assim sendo, o Acordo é elevado ao *status* de norma geral, o que extrapola a competência dos representantes envolvidos.

⁸⁴ STJ, Acórdão nº 52.613. Julgamento realizado em 10/05/2006, Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=cooperativa+e+conflito+de+compet%Eancia&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=4>>, acessado em 05/01/2007.

⁸⁵ “Art. 1º. O Advogado-Geral da União e os dirigentes máximos das autarquias, das fundações e das empresas públicas federais poderão autorizar a realização de acordos ou transações, em juízo, para terminar o litígio, nas causas de valor até R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), a não-propositura de ações e a não-interposição de recursos, assim como requerimento de extinção das ações em curso ou de desistência dos respectivos recursos judiciais, para cobrança de créditos, atualizados, de valor igual ou inferior a R\$ 6.1.000,00 (mil reais), em que interessadas essas entidades na qualidade de autoras, rés, assistentes ou oponentes, nas condições aqui estabelecidas.

§ 1º Quando a causa envolver valores superiores ao limite fixado no caput, o acordo ou a transação, sob pena de nulidade, dependerá de prévia e expressa autorização do Ministro de Estado ou do titular da Secretaria da Presidência da República a cuja área de competência estiver afeto o assunto, no caso da União, ou da autoridade máxima da autarquia, da fundação ou da empresa pública”.

Alem do mais, mesmo que ao Termo de Conciliação fosse dado *status* de decreto do Poder Executivo, ainda assim ele estaria adstrito ao disposto na lei licitatória, que taxativamente explicita no artigo 9º, as pessoas (física ou jurídica) que não podem participar do processo licitatório, nas quais não se encontram as sociedades cooperativas. Destaque-se que no sistema jurídico pátrio, não se admite “Decretos autônomos”, exceto para os casos dispostos no inciso VI do artigo 84 da Constituição Republicana.

Por si, tais argumentos seriam suficientes para a decretação da nulidade do Acordo firmado entre o Ministério Público do Trabalho e a União, visto que “ao administrador público só é dado fazer o disposto em lei, o que não se verificou no caso”. Todavia, há ainda afronta ao princípio constitucional de estímulo ao cooperativismo, ao qual também o administrador público deve obediência.

Conforme se depreende da leitura do parágrafo 2º do artigo 174 da Constituição Republicana, “A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo”. A proibição da participação de cooperativas em licitações públicas, posta-se, desta forma, como uma ação estatal que se confronta diretamente com a Constituição da República.

Deve ser ressaltado, ainda, o momento constitucional que se vive. Apregoa-se, com muita propriedade, que toda a ordem jurídica deve ser lida e aprendida sob à luz da Constituição. Luís Roberto Barroso (2001), a este propósito, tece as seguintes observações:

Sob sua vigência (Constituição Brasileira de 1988), vem se desenrolando o mais longo período de estabilidade institucional da história do país, com absorção de graves crises políticas dentro do quadro de legalidade constitucional. É nossa primeira Constituição verdadeiramente normativa e, a despeito da compulsão reformadora que abala a integridade de seu texto, vem consolidando um inédito sentimento constitucional.

No momento em que se percebe o reconhecimento do poder normativo aos preceitos constitucionais, seria contrário ao direito admitir que o mesmo Estado que tem o dever constitucional de incentivar o cooperativismo, venha, sejam quais forem os fundamentos, restringir o desenvolvimento destas sociedades, negando-lhes formas de inserção social, através da proibição à participação nos certames licitatórios.

Veras Neto (2002, p.244-245) dissertando sobre a questão, sustenta que há um hiato entre o preceituado na constituição e na legislação infraconstitucional cooperativa, afirmando que as disposições constitucionais existem para serem aplicados (auto-aplicabilidade). Expõe,

ainda, que a Constituição Republicana não pode carecer de força normativa “sustentada por um sentimento constitucional que deve permear toda a comunidade de intérpretes constitucionais”.

Considerando o respeito às normas sobre as cooperativas esculpidas na “constituição cidadã”⁸⁶, entende-se “desarrazoado” encontrar ações estatais (acordos judiciais ou atos administrativos, como os editais de licitação) que com elas conflitem. Note-se que não há hierarquia de normas na Constituição. Não se pode suprimir uns princípios em detrimento de outros. O aspecto da normatividade constitucional é um elemento jurídico que precisa ter maior aplicabilidade no momento de analisar o problema da participação das Cooperativas de Trabalho nas licitações.

A ação estatal de vedar a participação das cooperativas de trabalho nas licitações públicas, além de afrontosa ao dispositivo constitucional citado, confronta-se, ainda, com os demais dispositivos constitucionais referentes ao cooperativismo, já citados no Capítulo Primeiro.

De salientar, ainda, a localização espacial do dispositivo na Carta Magna determina que o Estado brasileiro, mesmo adotando como modelo econômico, o capitalista, persegue um modelo social, cuja incumbência é do Estado. Nesse caso, o incentivo e apoio ao Cooperativismo e a outras formas de associativismo é regra de cunho social que deve ser implementada pelo Estado.

É regra de cunho social, pois tenta dar solução a problemas sociais criados pelo modelo econômico capitalista, como o desemprego e a não-assistência do informalismo. Desta maneira, urge uma mudança de postura estatal, em homenagem ao Constitucionalismo e seu caráter plural e, à dignidade da pessoa humana.

A afronta ao princípio de estímulo ao cooperativismo também é ato ilegal e não comporta guarida no mundo jurídico. Ora, constatada a ilegalidade do Termo de Conciliação, a não admissão pura e simples da participação das sociedades cooperativas nos certames afronta, ainda, os princípios constitucionais da moralidade, da eficiência administrativa e da impessoalidade. Além desses, afronta os princípios da ampliação da concorrência e o da economicidade previstos na Lei 8.666/93. Esses princípios têm estreita relação entre si na licitação.

⁸⁶ Denominação dada à Constituição Federal de 1988, pelo então deputado constituinte Ulisses Guimarães, por ocasião de sua promulgação.

De acordo com Freitas (1997, p.67-68), o princípio da moralidade:

(...)exige que, fundamentada e racionalmente, os atos, contratos e procedimentos administrativos venham a ser contemplados à luz da orientação decisiva e substancial, que prescreve o dever de a Administração Pública observar, com pronunciado rigor e a maior objetividade possível, os referenciais valorativos basilares vigentes, cumprindo, de maneira precípua até, proteger e vivificar, exemplarmente, a lealdade e a boa-fé para com a sociedade, bem como travar o combate contra toda e qualquer lesão moral provocada por ações públicas destituídas de probidade e honradez.

Verificada a juridicidade da cooperativa no certame, mostra-se ímprobo e moralmente lesivo ao interesse público, a contratação com a proposta que não seja a mais vantajosa do mercado (ferindo também o princípio da economicidade), em vista da exclusão prévia da referida sociedade (restrição da concorrência).

Além disso, fere a eficiência administrativa, que para Meirelles (1996, p.90-91) é:

(...) o que se impõe a todo a agente público de realizar as suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros.

Ora, sendo possível a contratação de legítimas cooperativas pelo Poder Público para a prestação de serviços terceirizados, incorre a Administração em violação a mais esse princípio.

Observe-se, que a impessoalidade também fica comprometida, relacionada que está com a isonomia. Observe-se que, constatada a viabilidade jurídica da contratação dessas sociedades, a sua exclusão pura e simples do certame, eleva as sociedades mercantis à condição de preferida pelo Poder Público, o que é expressamente vedado pelo princípio da impessoalidade e do interesse público.

Vale ressaltar, ainda, que o *animus* Estatal, em consonância com a vontade do legislador constituinte, é de incentivar e tutelar o cooperativismo conforme se depreende do Projeto de Lei apresentado à Câmara dos Deputados pelo Poder Executivo, regulamentando as cooperativas de trabalho.

Trata-se do Projeto de Lei 7.009/06, que juntamente com outros dois tramitam com prioridade naquela casa (Projeto de Lei 4.622/2004, de autoria do deputado Pompeu de Matos

- PDT/RS, e o Projeto de Lei nº 6.449/2005, de autoria do Deputado Walter Barelli - PSDB/SP)⁸⁷.

Esses projetos de leis trazem propostas que contemplam os anseios de cooperativistas pátrios.⁸⁸ Dentre as propostas, sobressaem-se as que determinam que a cooperativa de trabalho não pode ser utilizada para intermediação de mão-de-obra subordinada e deve ser constituída por, no mínimo, sete associados. Também é obrigação da cooperativa observar as normas legais de saúde e segurança do trabalho.

A proposta legislativa garante, ainda aos filiados, retiradas proporcionais às horas trabalhadas, não inferiores ao piso da categoria profissional, ou na falta deste, equivalente ao salário mínimo sobre a prestação de serviços a terceiros; jornada de trabalho de 44 horas semanais; repouso semanal remunerado; adicional de insalubridade; adicional de periculosidade; remuneração diferenciada para o trabalho noturno, tudo deliberado em assembleia geral.

No que mais toca a esse trabalho dissertativo, prevê, expressamente o Projeto de Lei, a proibição da vedação à participação das cooperativas de trabalhos nas licitações públicas.

Além desses Projetos de Lei que tramitam na Câmara dos Deputados, outros três projetos tramitam no Senado Federal: Projeto de lei nº. 605, de 1999; Projeto de lei 428/99 e; Projeto de lei do senado nº 171, de 1999. Como esses projetos tratam da alteração completa da Lei do Cooperativismo, não é objetivo deste trabalho dissertativo analisá-los.

Conforme se pode extrair da análise dos projetos de leis que tramitam na Câmara dos Deputados, ao garantir para o cooperado alguns dos direitos assegurados ao trabalhador vinculado à Consolidação das Leis do Trabalho, está o legislador tentando prevenir fraudes por meio da equiparação dos custos do trabalhador cooperado, que se equivaleria ao do trabalhador empregado.

⁸⁷ Na justificção desse projeto de lei, os autores sustentam que o “presente projeto de lei tem como objeto uma normatização que se faz urgente: a aplicação do art. 7º da Constituição Federal à relação havida entre o trabalhador cooperante e a sua cooperativa. Ou seja, o adequado tratamento social ao ato cooperativo típico das Cooperativas de Trabalho.”

⁸⁸ O sítio eletrônico “Portal do Cooperativismo” veiculou a seguinte notícia: “Regulamentação das cooperativas de trabalho - No dia 23/10/2006, o Ministro do Trabalho e Emprego, Luiz Marinho, reuniu-se, no auditório da Ocesp, com 120 lideranças de cooperativas paulistas do ramo Trabalho para ajudar a se chegar num consenso na proposta de regulamentação das cooperativas de trabalho.

Na ocasião, o deputado federal Luis Antonio de Medeiros, relator dos projetos de lei para cooperativas de trabalho pela Comissão de Trabalho da Câmara, apresentou seu relatório, incluindo os ajustes estabelecidos nas últimas reuniões com os representantes das cooperativas. Disponível em: <http://www.portaldocooperativismo.org.br/sescoop/capacitacao/destaques/destaque.asp?idDestaque=126>, Acessado em: 05 de jan. de 2007.

Na verdade, o que se percebe é que o legislador pátrio procura dar um mínimo de condições dignas para o associado de verdadeiras cooperativas de trabalho (que após a sua promulgação tenderão a continuar a crescer em quantidades), reconhecendo no cooperativismo uma forma alternativa de produção capitalista.⁸⁹

Deve ser salientado, ainda, que a Organização Internacional do Trabalho, por meio da Recomendação 193 propõe aos Estados-membros, dentre outras coisas, que assegurem às cooperativas tratamento não menos favorável que o concedido a outras formas de empresas e organizações sociais.

Dessa forma, a proposta de legislação para as cooperativas de trabalho cumpre a também recomendação da OIT, de combater as falsas cooperativas, que são constituídas unicamente para encobrir a existência de relação de emprego, e que desvirtuam a aplicação das normas internacionais de proteção ao trabalho.

⁸⁹ É o que se pode notar na citação trazida por Guilherme Krueger, no seu artigo “Do Sistema Cooperativo uno e sua Legislação Regente” apresentado en el Seminario de Legislación Cooperativa en Uruguay em 22 de novembro de 2001:

“A distinção entre a relação empregatícia e a relação de trabalho cooperativista, tendo como foco as cooperativas de trabalho, tem mobilizado a Sociedade Brasileira e tem sido um problema de difícil solução atestado por juristas no mundo inteiro. Foi tema da ordem do dia da 253ª, 254ª, 255ª e 259ª Reuniões do Conselho de Administração da OIT. Ainda a OIT realizou duas Reuniões de Especialistas em legislação cooperativa (1993 e 1995) em Genebra. Foram também encomendados estudos sobre a correlação entre as legislações trabalhistas e cooperativistas em pelo menos 11 países (Espanha, Itália, Turquia, França, Hungria, Israel, Argentina, Costa Rica, Perú, Alemanha, Áustria e Bélgica). Apesar dos esforços, não se logrou alcançar uma conclusão definitiva sobre o problema. Entretanto, os estudos apontaram uma solução prática para se evitar o conflito entre as duas legislações: a “importação” para o Direito Cooperativo das normas jurídicas trabalhistas que consagram princípios internacionais de proteção ao trabalhador. A conveniência desta superposição foi sintetizada pelo ilustre advogado peruano, membro da Associação Internacional de Direito Cooperativo e da Comissão Jurídica Iberoamericana da Organização das Cooperativas da América, CARLOS TORRES Y TORRES LARA:

A cooperativa de trabalho é a negação do regime pelo qual o trabalho humano se converte em mercadoria. Não é mais que trabalhadores associados que atuam no mercado mediante um representante comum, que é a própria cooperativa.

Um ponto distinto a este é relativo aos direitos de cada trabalhador. A esse respeito, é possível adotar soluções similares ao Direito Trabalhista, não porque se trate de atos similares, mas porque a condição de um trabalhador e suas necessidades são as mesmas” (grifo nosso)

CONCLUSÃO

A problemática apresentada no presente trabalho dissertativo foi analisada, sob uma visão dogmática jurídica, sem desprezar, entretanto, aspectos sociológicos que, inevitavelmente, impõe o estudo do tema cooperativismo. Esse último aspecto revela-se mais importante quando o que está em causa são as cooperativas de trabalho, posto que a sua potencial constituição se dá(rá) por cidadãos desempregados, ou trabalhadores desassistidos do mercado informal, fato que determina seu grau de relevância social.

A partir dessa premissa, foi possível apontar, desde o surgimento dos primeiros empreendimentos cooperativos, a carga de valores de solidariedade (ajuda mútua) e comunitários (auto-gestão) existentes entre os cooperados, fatores que distinguem as sociedades cooperativas das demais.

Ocorre que, na análise jurídica dos problemas apresentados na relação social em que entre as partes figure uma cooperativa, os aspectos sociológicos *supra* apontados nem sempre são considerados pelo intérprete jurídico. Daí decorre o problema enfrentado ao longo da dissertação.

Assim, ao restringir a participação das cooperativas de trabalho nas licitações públicas, em prol de uma pretensa segurança jurídica, está o intérprete praticando uma verdadeira injustiça.

A isso se referiu quando se apontou no Capítulo Terceiro, a ofensa a princípios constitucionais tuteladores do ideal cooperativo, que contêm uma pesada carga sociológica. Além disso, conforme sobejamente discorreu-se, aspectos mutualísticos e comunitários estão materializados nos princípios que instruem e orientam o cooperativismo no mundo inteiro, e, especificamente no Brasil, estão positivados no artigo 4º da Lei 5.764/1971.

Por conta disso, sustentou-se, durante toda a dissertação, a inadequação do entendimento que restringe a participação de cooperativas de trabalhos nos certames públicos.

Mas, ficou salientado, ainda, que mesmo a análise puramente dogmática do problema, à luz de um direito justo e interpretado sistematicamente e em sintonia com a Constituição Republicana, a restrição à participação das cooperativas de trabalho nas licitações, merece ser revista. A causa para essa afirmação está na existência de grande divergência jurisprudencial,

e na posição majoritária da doutrina que há alguns anos já defende a participação dessas sociedades nos certames públicos.

Por conta da junção dos aspectos sociológicos e jurídicos que, circundam a temática, foi preciso discorrer, no Capítulo Primeiro, sobre os elementos caracterizadores do cooperativismo, através de uma narrativa histórica, desde sua origem com os pioneiros de Rochdalle, adentrando, também, na formação do Direito Cooperativo e no estatuto constitucional alcançado por esse ramo jurídico.

Ao mesmo tempo em que se defronta com aspectos sociológicos em uma das vertentes da pesquisa, no Capítulo Segundo o tema foi eminentemente dogmático, visto que o assunto licitação pública comporta esse tipo de enfrentamento.

As minuciosas formalidades apresentadas pelo processo licitatório muitas vezes não comportam outro tipo de interpretação senão a dogmática. Isto se dá em decorrência da submissão das licitações ao regime jurídico administrativo. Por conta deste, a Administração Pública quando licita está sujeita aos princípios que a regem e que vieram dispostos na Constituição e na Lei Licitatória. Entre eles está o princípio da legalidade que impõe ao administrador a fazer estritamente disposto em lei.

Ainda no Capítulo Segundo, houve a necessidade de se discorrer sobre o tema terceirização no serviço público, que envolveu a análise de possível ofensa ao princípio do concurso público. Assim, delimitou-se as possibilidades que têm a Administração Pública de contratar terceiros para desempenho de serviços públicos, estando a mesma restrita à atividades-meios, e desde que não constem de plano de cargos do órgão ou entidade pública.

Fundado nas vertentes sociológicas do cooperativismo e na dogmática que envolve o assunto licitação, é que, especificamente no Capítulo Terceiro, procurou-se aprofundar a temática.

Assim, na presente dissertação verificou-se que as razões que restringem a participação das cooperativas e trabalho nas licitações públicas, são a alegada ofensa ao princípio da isonomia, no que diz respeito ao tratamento tributário dispensado a estas sociedades, bem como os fundamentos do Termo de Conciliação firmado entre o Ministério Público do Trabalho e a União, que inadimite a terceirização de serviços pelo Poder Público via cooperativas.

Quanto ao primeiro, a análise realizada na primeira seção do Capítulo Terceiro, procurou demonstrar a não ocorrência da ofensa ao princípio da isonomia, notadamente ao

demonstrar que o entendimento judicial quanto à incidência tributária das sociedades cooperativas é controverso. Desta forma, apesar da previsão constitucional do “adequado tratamento tributário” que deve ser despendido às cooperativas, o fisco tem se mostrado implacável na taxação das cooperativas por meio de impostos que têm como base de cálculo a receita, o lucro e o serviço.

Mas essa problemática se acirra quando se trata do cooperativismo do trabalho, visto que sobre este ramo de cooperativas não incidem os encargos próprios da relação empregatícia. Ocorre que a Lei Cooperativista impõe a constituição de fundos em benefício dos associados (Fundo de Reserva e Fundo de Assistência Técnica, Educacional e Social, além de outros que a assembléia pode prever) que, somados aos tributos que sobre si incidem, aproximaria os custos das sociedades cooperativas com os das mercantis na participação nos certames públicos.

Tais argumentos “põem em xeque” a ofensa ao princípio da isonomia, salientando que os cooperados são contribuintes individuais da Previdência Social, bem como sofrem a incidência do Imposto de Renda. Ademais, a própria Constituição dispensou “adequado” tratamento tributário para as cooperativas, privilégios que são legítimos, pois é da essência dessas sociedades.

Vencido esse argumento, resta o entendimento esposado pela Justiça do Trabalho, por meio do Termo de Conciliação firmado com a União. A abrangência que tomou esse Acordo foi tão grande que ao mesmo foi dedicada uma sessão. Nela foram enfrentados os fundamentos do citado Acordo, especificamente o entendimento do Ministério Público do Trabalho que não admite a possibilidade de existência de cooperativas de trabalho prestadoras de serviços ao Poder Público.

Entende o Ministério Público do Trabalho ser impossível a “inserção de cooperativas de trabalho em processos de terceirização, pois não haveria, segundo o entendimento hegemônico daquela instituição, possibilidade legal da prestação de serviços organizados de forma hierárquica nem mesmo entre cooperados”, o que impossibilitaria a supervisão do serviço até pela cooperativa. Observe-se que tal entendimento abrange a terceirização tanto em âmbito público como privado.

Contra esse argumento defendeu-se o entendimento que o mesmo mostra-se incompatível com a relação jurídica cooperativa que difere da relação empregatícia. Assim, a subordinação existente na mesma é em relação à assembléia geral e dela decorre, visto que a

autogestão é um dos princípios reitores das sociedades cooperativas (cada associado tem direito a um e apenas um voto). Portanto, não existe subordinação hierárquica em relação a pessoas (chefes ou a patrões), mas sim a uma assembléia geral soberana, onde, com a participação dos cooperados, resta garantido a autonomia individual.

Mostra-se, portanto, retrógrado e desarrazoado o entendimento do Ministério Público, posto que não se está a defender o enfraquecimento das seguranças e garantias advindas da relação empregatícia para quem as têm. O que está em pauta é a institucionalização de um enorme grupo de cidadãos desassistidos (10% de desempregados e 60% de trabalhadores informais), que, potencialmente podem se organizar, coletivamente, por meio de uma cooperativa, conseguindo com menos dificuldade, concorrer com as sociedades mercantis no selvagem mercado capitalista.

Sendo assim, nenhum impedimento haveria à participação das cooperativas de trabalho nas licitações públicas. A partir dessa reflexão, apontou-se algumas ilegalidades do Termo de Conciliação, bem como a ofensa do mesmo ao princípio da legalidade (não há nenhum dispositivo de lei vedando a participação de cooperativas de trabalho nos certames públicos, nem na Lei Licitatória, nem na Lei Cooperativista), bem como os princípios constitucionais da moralidade, eficiência e impessoalidade.

Em que pese isso, registrou-se a ilegalidade e a forma criminosa com que sociedades mercantis passaram a “posar de cooperativas”, após o advento da Lei 8.949/94, com único objetivo de burlar a legislação trabalhista e seus encargos. São contra essas empresas fraudulentas que têm de se voltar as ações do Ministério Público do Trabalho, mas sem impedir a atuação de verdadeiros empreendimentos cooperativos.

Outrossim, destacou-se, ainda, que para identificação das falsas cooperativas pela Administração na licitação, mostra-se necessário garantir o exercício do direito de participação na licitação e envidar esforços durante o processo.

Para isso, deve o gestor público utilizar-se de todos os instrumentos dispostos na Lei Licitatória (exigência de documentos específicos para a habilitação de cooperativas, diligências, conformação do objetivo social com o objeto licitado etc), bem como na gestão do contrato verificando o cumprimento pela contratada, do disposto na lei cooperativa (como participação nas assembléias, distribuição de “sobras”, etc).

Tais procedimentos garantirão a Administração Pública contra demandas que surgem na Justiça do Trabalho visando o reconhecimento de vínculo empregatício com cooperativas e a conseqüente responsabilização subsidiária.

Nesse sentido, procurou-se refletir sobre a questão da responsabilização subsidiária da Administração Pública pelo inadimplemento de créditos trabalhistas por parte da empresa prestadora de serviço contratada. Esse entendimento, encampado pela Justiça do Trabalho, apesar de ferir dispositivo da Lei Licitatória, é o que tem prevalecido nas decisões trabalhistas.

Tal fato dificulta ainda mais, a inserção das cooperativas de trabalho no mercado da terceirização de serviços pelo Poder Público. Mas, contra o mesmo, sustentou-se que essa responsabilização se dá em relação a qualquer contratado, e no caso de verdadeiras cooperativas, a mesma não existe, por ser regulamentada por relação cooperativista.

Sendo assim, sob pena de ofensa a diversos princípios constitucionais (isonomia, impessoalidade, legalidade, moralidade, eficiência) e da Lei Licitatória (ampliação da concorrência e economicidade), não se mostra acertada a decisão restritiva à participação de sociedades cooperativas de trabalho nos certames públicos.

É assim que muitos tribunais têm decidido. Nesse sentido, salientou-se as reiteradas decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e da Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da Quarta Região, que dão sustentação aos posicionamentos defendidos ao longo da dissertação.

É a conjunção de todos esses fatores até aqui dispostos que dão sustentação teórica à posição contrária à tese restritiva à participação de cooperativas de trabalho nos certames públicos.

Por fim, registrou-se como têm se pautado as ações governamentais no enfrentamento do problema. Assim, foi que se destacou o empenho do Poder Executivo em apresentar Projeto de Lei (regulamenta as cooperativas de trabalho), que tramita com prioridade na Câmara dos Deputados, onde para a maioria dos problemas analisados ao longo deste trabalho dissertativo, são apresentadas respostas, e que conta com o apoio do cooperativismo do trabalho pátrio.

Dentre as soluções apontadas, destaca-se a proibição da exclusão de cooperativas de trabalho dos certames e a extensão de direitos sociais antes verificados apenas na relação empregatícia, tais como: retiradas proporcionais às horas trabalhadas não inferiores ao piso da

categoria profissional, ou na falta deste, equivalente ao salário mínimo; jornada de trabalho de 44 horas semanais; repouso semanal remunerado; adicional de insalubridade; adicional de periculosidade; remuneração diferenciada para o trabalho noturno; além de outros que podem ser deliberados em assembléia geral.

Entende-se, portanto, que a proposta trazida nesse Projeto de Lei vem dar resposta a essa demanda social específica, regulamentando o vácuo jurídico existente na Lei Cooperativista vigente quanto às cooperativas de trabalho, possibilitando, ainda, um novo horizonte para o cooperativismo do trabalho. Um novo ciclo de desenvolvimento desse ramo do cooperativismo.

Tal afirmação decorre das garantias mínimas previstas no Projeto, assegurando direitos sociais (expressos no art. 7º da Constituição Republicana) aos cooperados, que, ainda que possam interferir na autonomia da vontade coletiva (que parte da individual), ao menos poderá assegurar a resolução de um conflito social que tomou proporções relevantes.

Dessa forma, com a garantia desses direitos sociais “mínimos” previstos no Projeto, a própria participação das cooperativas de trabalho nas licitações públicas não comportaria os questionamentos ressaltados no presente trabalho dissertativo, o que por si, possibilitaria o aumento da institucionalização de trabalhadores desempregados e afastados da relação empregatícia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AFÂNIO, Cláudia. O tratamento jurídico das cooperativas de trabalho no Brasil: os desafios da democracia econômica. 2006. 195f. **Dissertação (Mestrado em Direito)** - Departamento de Pós-graduação da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006.

ALIANÇA Cooperativa Internacional. Co-operative are significant economic actors in national economies. Disponível em: < <http://www.coop.org/coop/statistics.html> > acessado em 06 de jan. de 2007.

ALMEIDA, Amador Paes de. Manual das sociedades comerciais. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

ALVES, Francisco de Assis; MILANI, Imaculada Abenante. Sociedades Cooperativas: Regime jurídico e Procedimentos Legais para sua Constituição e Funcionamento. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

BACELLAR FILHO, Romeu. Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe, Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar. São Paulo: Max Limond, 1998.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 12 ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 13 ed., São Paulo: Malheiros, 2001.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 14 ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

BARACHO, José A. de Oliveira. O princípio da subsidiariedade. Rio de Janeiro, Forense, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. Doze anos da Constituição brasileira de 1988. In: Revista Diálogo Jurídico, Salvador, vol. 1, n. 6, set. 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Teoria do Estado e Ciência Política. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

BECHO, Renato Lopes (Coord.). Problemas atuais do Direito Cooperativo. São Paulo: Dialética, 2002.

BECHO, Renato Lopes. A participação de cooperativas nas licitações da administração pública. In: Revista de Direito Administrativo. - ISSN 0034-8007. - Vol. 224 (2001).

BITTENCOURT, Sidney. Questões Polêmicas Sobre Licitações e Contratos Administrativos. 2001a.

BITTENCOURT, Sidney. A participação de cooperativas em licitações públicas. Temas & Idéias: Rio de Janeiro, 2001b.

BRASIL, Constituição (1988). Texto Constitucional de 5 de outubro de 1988 com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais 1/1992 a 30/2000 e Emendas Constitucionais 1 a 6 1994. – Ed. Atual em 2000. – Brasília : Senado Federal, Gabinete do 4 Secretário, 2000.

BRASIL, Tribunal de Contas da União. Licitações e contratos : orientações básicas. Brasília: TCU, Secretaria de Controle Interno, 3 ed., ver, atual e ampl., 2006.

BULGARELLI, Waldírio, As sociedades cooperativas e a sua disciplina jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

CARRION, Valentin. Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

COMPRASNET. O mouse contra os ratos: o governo acerta ao exigir o pregão eletrônico nas compras públicas. Disponível em: <http://www.comprasnet.gov.br/noticias/noticias1.asp?id_noticia=182>. Acesso em: 16 dez. 2006.

COPOLA, Gina. Cooperativas podem participar de licitações. In: Revista do TCU, v. 32, n. 89, jul./set. 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

DUSSEL, Enrique. Ética da libertação na idade da libertação e da exclusão. 2 ed., Petrópolis: Editora Vozes, 2002.

ESPÍNDOLA, Rui Samuel. Conceito de princípios constitucionais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

ESTORNINHO, Maria João. A Administração Pública entre o direito público e o direito privado. In _____. A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado na administração pública. Coimbra: Almedina, 1996.

FERRARI, Irany. Cooperativas de trabalho: existência legal. São Paulo: LTr, 1999.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 1994a.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Direitos dos Licitantes. São Paulo: Melhoramentos, 1994b.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle e FERRAZ, Sérgio. Dispensa de licitação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

FLEURY, Rodrigo Curado. A responsabilidade trabalhista da Administração Pública na contratação de serviços terceirizados. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 45, set. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=324>>. Acesso em: 22 dez. 2006.

FRANKE, Walmor. Direito das sociedades cooperativas. São Paulo: Edusp, 1973.

FREITAS, Juarez. O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais. São Paulo: Malheiros, 1997.

GIL, Vilma Dias Bernades. As novas relações trabalhistas e o trabalho cooperado. São Paulo: LTr, 2002.

HOLYOAKE, George Jacob, traduzida por Archimedes Tabora. Os 28 tecelões de Rochdale. Porto Alegre: WS Editor, 2000.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 11 ed. São Paulo: dialética, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 7 ed., Dialética, São Paulo, 2000.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Coimbra: Arménio Amado, 1974.

KRUEGER, Guilherme. Do Sistema Cooperativo uno e sua Legislação Regente. 2001. Disponível em: <<http://www.neticoop.org.uy/article163.html>>. Acesso em: 12 de jan. de 2007.

LIMA, Rusinete Dantas de. Aspectos Teóricos e Práticos da Terceirização do Trabalho Rural. São Paulo: LTr, 1999.

LUZ FILHO, Fábio. Direito Cooperativo. 5 ed. Rio de Janeiro: Irmãos Pongetti, 1962.

MARTINS, Sérgio Pinto. Cooperativas de Trabalho. São Paulo: Atlas, 2003.

MAUAD, Marcelo. Cooperativas de trabalho: sua relação com o Direito do Trabalho. 2. ed. São Paulo: LTr, 2001.

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo moderno. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. Licitação e contrato administrativo. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 1996.

MELHORAMENTOS. Minidicionário da Língua Portuguesa. 1 ed., São Paulo: Melhoramentos, 1992.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

NIEBUHR, Joel Menezes. Princípio da Isonomia na licitação pública. Florianópolis: Editora Obra jurídica, 2000.

OCB – Organização das Cooperativas Brasileiras. Critérios para a identificação de cooperativa de trabalho. Disponível em: <http://www.portaldocooperativismo.org.br/sescoop/capacitacao/destaques/images/criterios_revisaofinal.doc>. Acesso em: 28 dez. 2006.

ORGANIZAÇÃO das Cooperativas Brasileiras; Organização das Cooperativas dos Estados. Números do cooperativismo por ramo de atividade. Disponível em: <http://www.aciamericas.coop/spip/IMG/Estadisticas_brasil.pdf>, acessado em 17 de dez. de 2006.

PASTORE, José. O trabalho associativo no Brasil. In _____. As mudanças do mundo do trabalho: leituras de sociologia do trabalho. São Paulo: LTr, 2006.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PERIUS, Virgílio. Cooperativismo e lei. São Leopoldo/RS: UNISINOS, 2001.

PINTO, Almir Pazzianotto. Cooperativas de trabalho. 2 ed. Curitiba: Gênese, 2001.

POLÔNIO, Wilson Alves. Manual das Sociedades Cooperativas. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1999.

REIS, Samuel Mota de Souza. A participação de cooperativas em licitações. Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 238, 2 mar. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4916>>. Acesso em: 08 mai. 2006.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. Cooperativas em Licitações - Podem Participar. NDJ Consultoria - Boletim de Licitações e Contratos, jan/2002.

RIGOLIN, Ivan Barbosa; BOTTINO, Marco Tullio. Manual Prático das Licitações: Lei 8.666/93. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROENICK, Henrique Osvaldo Poeta. Apelação Cível nº 70014139984. Disponível em <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/resultado.php>. Acesso em: 04 jan. 2007.

SANDRONI, Paulo (org. e superv.). Novo Dicionário de Economia. 2 ed. São Paulo: Best Seller, 1994.

SANTANA, Jair Eduardo. Cooperativas e Licitação. In: Zênite Consultoria - Informativo de Licitações e Contratos, n. 87, mai. 2001.

SARATT, Newton. et al. Quarteirização. Badejo: Editorial, 2000.

SILVA, Leda Maria Messias da. Cooperativas de Trabalho: terceirização sem intermediação e a terceirização sem fraudes. São Paulo: LTr, 2005.

STJ, Acórdão nº 52.613. Julgamento realizado em 10/05/2006. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=cooperativa+e+conflito+de+compet%Eancia&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=4>>. Acesso em: 02 jan. 2007.

TCU. Acórdão 22/2003. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=6&doc=2&dpp=20&p=0>>. Acesso em: 12 jan. 2007.

TEIXEIRA JÚNIOR, Amílcar Barca; CIOTTI, Lívio Rodrigues. Cooperativas de Trabalho na Administração Pública. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

VEIGA, Sandra Mayrink; FONSECA, Isaque. Cooperativismo: uma revolução pacífica em ação. Rio de Janeiro: DP&A: Fase, 2002.

VERAS NETO, Francisco Quintanilha. Cooperativismo: nova abordagem Sócio-Jurídica. Curitiba: Juruá, 2002.

VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. Igualdade e Competitividade em face de Participação nas Licitações. In: LLC nº 48, fev. 98.

VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. Licitações e contratos administrativos – Lei 8.666 de 21.6.93 (comentada). 3 ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Esplanada, 1998.

ZÊNITE Consultoria. Boletim de licitações e Contratos, maio de 1997.